البيان والتحصيل

والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة

لأبي الوليد ابن رشد القرطبي
المتوفى عام ٥٢٠ هـ

وضمنه

المستخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبية
لمحمد العتبي القرطبي
المتوفى عام ٢٥٥ هـ

تحقيق

الأستاذ أحمد الحبابي

الجزء الخامس عشر


دار الغرب الإسلامي

الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م
الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م

دار الغرب الإسلامي

ص. ب: 5787 - 113
بيروت - لبنان


البيان والتحصيل
والشرح والتوجيه والتعليل
في مسائل المستخرجة


بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما

كتاب العتق الثالث

وَمِنْ كِتَابٍ أَوَّله بَاعَ شَاةً

وسألته عن رجل حضرته الوفاةُ فدعا مواليَ له كان كاتبهم فقال : إني قد كنتُ حنِثْتُ فيكم بعتق قبل أن أُكاتبَكم فما أخذتُ منكم فهو في مالي فخذوه وعليه دين للناس وقد كان أَخَذَ منهم عَرْضاً من إبل أو غنم ورقيق فَتَنَاسَلَ ذلك ، وهو معروف . قال ابنُ القاسم : يُبدأُ الدَّيْنُ فيُؤَدَّى ويُنْظَرُ إلى ثلث ما بقي ، فإن كان ثلثُه يحمل ما لهم الذي أخذ منهم دُفِعَ ذلك إليهم أو ما حمل ثلثُه من ذلك ، وما أَقَرَّ به أنه قد كان حنث فيهم فذلك باطلٌ لا يعتقون عليه بذلك ، ويقال لهم : أدّوا ما بقي عليكم من الكتابة فإن أدَّوا عتقوا وإلاَّ رقوا .

قال محمد بن رشد : قوله فيما أَقَرَّ في مرضه الذي مات منه أنه أَخَذَهُ من مواليه في كتابتهم بعد أَنْ كان حنث بعتقهم : إنَّ ذلك يكون في ثلثه ، معناه إذا كان يُورَثُ بِكَلَالَةٍ إذْ لو كان يُورث بولده لجاز ذلك من رأس ماله على ما في المدونة وغيرها ، وهو مثل أحد قولي ابن القاسم في كتاب المكاتب من المدونة خلافُ المشهور من أن ذلك يبطل ولا يكون في رأس المال ولا في الثلث إذ لم يُرِدْ به الثلثَ وكان يلزم على قياس قوله أن يعتق الموالي أيضاً من الثلث لإقراره أنهم أحرارٌ بما حنث فيه من عتقهم .

فقوله في هذه المسألة مُتَنَاقِضٌ إذْ فَرّقَ بين عتقهم وما أخذوه منهم[1] في كتابتهم فقال إنَّ العتقَ يبطل ، وما أخذه منهم في الكتابة يكون في ثلثه .

وقد قيل إن ذلك ليس بِتَنَاقُضٍ وانه إنما قال فيما قبض من الكتابة إنها تكون من الثلث لقوله فخذوه لأن ذلك بمنزلة أن لو قال في العبيد فأنْفِذُوا ذلك لهم ، إذْ لو قال ذلك لعتقُوا في الثلث على ما زاده ابنُ حبيب عن ابن القاسم من رواية أصبغ عنه في هذه المسألة وعلى ما مضى في رسم أمهات الأولاد من سماع عيسى من كتاب الوصايا ، وليس ذلك بصحيح ، لأن قوله لرقيقه في المال خذوه لأنه لكم لا يُشبه قوله لورثته في الرقيق أنْفِذُوا لهم الحريةَ فالتناقضُ في المسألة ظاهرٌ وبالله التوفيق.

مسألــة

قال ابن القاسم : من شهد عليه بعتق كان منه في الصحة لم يكن يستطيع أن يخرج منه حتى يوقفه على من أحب من رقيقه مثل أن يشهد عليه أنه قال رَأْسٌ من رقيقي حر إنْ شفاني الله أو قدم أبي فشفاه اللّه أو قدم أبوه وأثبتته البينةُ في الصحةفإنَّ ذلك يقال له أوقِعْ على من أحببت ، فإن فعلَ كان ذلك له ، وإن لم يفعل حتى مات جَرَى العتقُ في جميع رقيقه إن كانوا ثلاثةً أعتقَ أَثْلاثهم ، وإن كانوا أربعة أعتق أرباعهم .

ومن شُهِدَ عليه أنه أعتق رأساً من رقيقه سَمّاه فنسيَه الشهود فَجَحَدَ أو لم يجحد حتى مات فلا عتق لمن بقي .

وإن قال قد أعتقتُ جارية من جواري وتزوجتُها وشُهِدَ عليه بذلك ولم يسمها وجهلوا أن يَسْأَلُوهُ حتى مات وهو صحيح كان بمنزلة

---

(١) كذا بالأصل ، وفي نسخة ق ٣ : وما أخذه منهم ، وهو الصواب .

من قال رأس من رقيقي حُرٌ وجرت الحرية في عددهم على حال ما سميتُ لك .

قلت : أرأيت لو أَنَّ رجاله ثـلاثة أرؤس فـأقر عند موته أن أحدهم حر ونسوا أن يسألوه من هو حتى مات أَكَانُوا يرِقُّون كلهم ؟ قال : بل يعتق منهم أثلاثُهم ، وكذلك الذي أقر أنه أعتق جارية من جواريه وتزوجها فجهل الشهود أن يسألوه من هي ؟ فالعتقُ يجري فيهن على ما فسرتُ لك ولا ميراث لواحدة منهن ، ولو أن أولائك الجواري هلك بعضُهُنَّ وبقي بعض فلم يعلم الذي أعتق أهِيَ فيمن مات أو فيمن بقي رأيت أ لا يُعتق من البواقي إلاَّ ما يعتق منهن لو كن أحياء إن كن عشراً فمات خمسٌ عتقت من الخمس أعشارُهن كما يعتق منهن لو كن أحياء ، لأناحين لم ندر أهِيَ فيمن هلك أو فيمن بقي ؟ لم يحمل على الورثة أكثرُ من الذي يصيبهم أَنْ لو كانوا أحياء وهو عُشُرُ القيمة ، قال ولو كان باع بعضهم وبقي بعض رُدَّتُ العتاقَةُ فيمن بقي إن كانوا عشرة فباع خمسة وبقي خمسةٌ عتق ممن بقي خُمُسُ كل واحدة منهن لأنه قد علمنا حين باعهم أنَّ العتاقة فيمن بقي .

قلت : فلو أن الرقيق قالوا لِوَاحِدٍ منهم هذا هو الذي أعتق سيدُنا ، وقد أَعْلَمَنَا بِهِمْ لم يعتق بقولهم ولم يقبل واتهموا في أنْ يدفعوا عن أنفسهم الضرَرَ : ضَرَرَ العتق .

قال محمد بن رشد : لا اختلاف أحفظه في أن من قال رأس من رقيقي حر يسأل هل أراد واحداً منهم بعينه أم لا ؟ ويصدقُ فيما قاله من ذلك ، قيل بيمين ، وهو قول ابن القاسم في سماع محمد بن خالد بَعْدَ هذا قاله إذا قال لم أُرِد واحداً منهم بعينه ، وقيل بغير يمين ، قاله في المدونة إذا قال أردتُ

فلاناً منهم ، ولا فرق بين الموضعين ، والاختلافُ في هذا على اختلافهم في لحوق يمين التهمة .

ولا أعرِفُ نَص خلاف في أن له أن يعتق ما شاء منهم إذَا قال لم أُرِد واحداً منهم بعينه ، فلو أراد على هذا القول أن يُسْهِمَ بينهم تحرياً للعدل بينهم فيعتق من خرج سهمُه لكان ذلك له ، ولو أبى أن يعتق واحداً منهم لوجب أن يعتق الامامُ عليه أحدَهم بالقرعة ولو قال لما سئل أردت واحداً منهم بعينه فنسيت من هو منهم لوجب على قياس قولهم أن يعتقوا عليه كلهم إذْ لا يجوز له أن يسترقهم وَأَحدُهم حرٌّ ، ولو أعتق هو أحدَهم لم يعتق عليه الباقون منهم إلا على الاختلاف في القضاء على الرجل بعتق ما شَكَّ فيه من عتق عبيده ، والقولان في العتق الأول من المدونة .

وأما إذا مات قبل أن يختار فاختلف قولُ ابن القاسم في ذلك على ثلاثة أقوال **أحدها** قوله في هذه الرواية إنَّ العتق يجري فيهم كلهم بالسوية إن كانوا ثلاثة عتق ثلثُ كل واحد منهم ، أو كانوا أربعة عتق رُبع كل واحد منهم ، وإنْ كانوا أكثر من ذلك أو أقل فعلى هذا ، **والثاني** أنه يعتق واحد منهم بالسهم يريد من غير أن يعتبر في ذلك ما يقع الواحدُ من جميعهم ، وهو قوله في سماع عيسى أيضاً على ما حكى عنه سحنون في رسم الصلاة من سماع يحيى ، **والثالث** قوله في سماع محمد بن خالد وفي رسم الصُّبْرَةِ من سماع يحيى إن الورثة منزلون منزلة الميت في الاختيار ، **وفي المسألةِ قولٌ رابع** وهو قولُ مالك الذي حكى سحنون في سماع محمد بن خالد أنه بلغه عنه ، أنه يعتق ثلثُهم بالسهم إن كانوا ثلاثة ، أو رُبعُهم إن كانوا أربعة ، فقد يعتق منهم على هذا القول أقلُّ من عبد وأكثرُ من عبد مثل أن يكونوا ثلاثة أَعْبُدٍ قيمة أحدهم مائة وقيمةُ الثاني مائتان وقيمة الثالث ثلاث مائة ، لأنه إن خرج السهمُ على الذي قيمته مائتان عتق جميعه لا أكثر ، لِأَنَّ قيمتَه ثلثُ قيمتِهم ثلاثَتِهم ، وإن خرج السهمُ على الذي قيمته ثلاثمائة عتق منه ثلثاه ، وإن خرج السهمُ على الذي

قيمته مائة عتق جميعُه وأعِيدَ السهمُ ثانية على الباقين ، فإن خرج السهمُ على الذي قيمته مائتان عتق منه نصفُه ، وإن خرج على الذي قيمته ثلاثمائة عتق منه ثلثه **وفي المسألة قول خامس** وهو قول سحنون في رسم الصلاة من سماع يحيى أنه إنْ اتفق الورثةُ على اختيار واحد كان لهم ذلك ، وإنْ اختلفُوا أُقْرِعَ بينهم ، فأعتق واحد منهم على ما رواه عيسى في أحد الروايتين عنه ، **وفيها أيضاً قول سادس** وهو قولُ سحنون في سماع محمد بن خالد أنه إن اتفق الورثة على اختيار واحد كان ذلك لهم ، وإن اختلفوا أقرع بينهم فأعتق ثلثُهم بالسهم إن كانوا ثلاثة ، أو رُبُعهم إن كانوا أربعة على ما حكى أنه بلغه عن ملك .

وجه القول الأول أن العتق لما كان أصله في الصحة ومات المُعْتِق الذي كان له الخيار ولم تصح القرعةُ في ذلك لأن السنة إنما جاءت فيها في الذي أعتق عند موته وجب أن يَجريَ العتقُ في جميعهم إذ لا مزية لواحد منهم في العتق على صاحبه .

ووجه القول الثاني أن تنفيذ العتق لما كان بعد الموت أشبه الوصيةَ فجازت في ذلك القرعة فوجب أن يعتق واحدٌ منهم بها . قَلَّتْ قيمتُه أو كثُرت إذ قد علم أنَّ الميت إنما أعتق عبداً واحداً منهم .

ووجه القول الثالث أن التخيير في عتقهم حَقٌّ كان للميت فوجب أن يرثه ورثتُه عنه .

ووجه القول الرابع أن تنفيذ العتق لَمَّا كان بعد الموت وأثبتته الوصيةُ وجازت في ذلك القرعةُ وجب أن يُعتق بها ثلثُهم إن كانوا ثلاثة أو رُبُعهم إن كانوا أربعة ، إذ لا يدري هل أرادَ الميتُ أقلهم قيمة أو أكثرَهم ، فكان العدلُ في ذلك أوسطَ القيم باعتبار عددهم ، فعلى هذا القول لو أوصى رجل بعتق رأس من رقيقه لَعَتَقَ ثلثُهم بالسهم إن كانوا ثلاثة أو رُبعهم إن كانوا أربعة ، وعلى القول الثاني يعتق واحد منهم بالسهم . قَلَّتْ قيمتُه أو كثرت .

والمغيرة يقول فيمن أوصى بعتق رأس من عبيده : إنَّ العتق يجري في جميعهم لأنه لا يرى القُرعة بحال ، فقوله في ذلك مُضَارِعٌ لقول أهل العراق .

وأما قَوْلَا سحنون فهما جميعاً إستحسان إذْ لا يخرج فيما اختاره في كل قول منهما عما تقدم من الاختلاف الذي قد مضى توجيهُه .

والذي يأتي على قياس القول بأنَّ الورثَة ينزلون منزلة الميت في الاختيار إذَا اختلفوا في ذلك أَنْ يعتق على كل واحد منهم حضه من العبد الذي اختاره .

ولو قال الرجلُ في صحته أنصاف رقيقي أو أثلاثهم أو أرباعهم أحرار عتق جميعهم عليه .

ولو بَتَّلَ في مرضه الذي مات منه عتقَ أنصافهم أو أثلاثهم قُوِّمَ باقيهم في ثلثه إن حمل ذلك ثلثُه أو ما حمل منه ، ولو أوصى بذلك لم يعتق منهم إلاَّ ما عتق وأما إذا قال ثلثُ رقيقي أحرار أو نِصفُهم أو ربعهم فيعتق ثلثُهم أو ربعهم أو نصفهم بالسهم كان ذلك في الصحة أو في المرض أو في الوصية بعد الموت ، غيرَ أن ذلك إن كان في الصحة فخرجت القرعةُ على عبد قيمتُه أكثرُ من ذلك الجزء عتق عليه جميعُه إذْ لا يصح التبعيضُ في عتق الصحيح ، وكذلك إن خرجت القُرعة على عبد قيمته أقلُّ من ذلك الجزء ثم خرجت بعده على عبد قيمتُه أكثرُ من ذلك الجزء يعتق جميعُه .

وقد قيل إن قوله نصفُ رقيقي أو ثلثُهم أو ربعهم بمنزلة قوله أنصافهم أو أثلاثهم أو أرباعهم حكاه ابنُ حبيب عن أصبغ .

وأما قولُه في الرواية في الذي شهد عليه أنه أعتق رأساً من رقيقه سَمَّاه فنسيه الشهودُ فَجَحَدَ أو لم يجحد حتى مات إنَّه لا عتق لمن بقي معناه أنه لا عتق لمن بقي منهم إن مات بعضُهم ولا لواحد منهم إنْ لم يمت أَحَدٌ فهو المشهور أنالشهادة تبطل ، وقد قيل إنها تجوز ، وهو الذي يأتي على ما في

أصل الأسَدِيّة من كتاب الأيمان بالطلاق من المدونة الذي طلق إحدى امرأتيه ولم يدر أيتَهما المطلَّقة من أنَّ الشهود شَكُّوا فلم يعرفوا أيتهما المطلقة أن كانت التي دخل بها أو التي لم يدخل ، ومثلُه في رسم سلف من سماع عيسى من كتاب الوصايا وقد مضى القول على ذلك هنالك وفي رسم يشتري الدور والمزارع من سماع يحيى منه مستوفى ، وهو قولُ ابن وهب أيضاً في سماع أصبغ من كتاب الصدقات والهبات ، فهذا وجه القول فيما أشكل من هذه المسألة وسائرُها بين لا وجه للقول فيه وبالله التوفيق .

مسألــة

وسألته عن رجل حلف في عبد له بحريته أَنْ يبيعه إلى شهر فباعه قبل شهر بيعاً فاسداً فمضى الشهرُ ثم رُدَّ عليه أو مات فهل يحنث ؟ أو باعه فوُجِدَ به عيبٌ عَلِمَه أو لم يعلمه فَرُدَّ عليه هل يحنث ؟ قال ابن القاسم : أما العيب الذي رُدَّ عليه وقد فات الأجل فهو حانث علِمَ أو لم يعلم بالعيب ، فهو بمنزلة من حلف على جارية بحريتها أَنْ يبيعها فوجدها حامِلاً أنها تعتق ، وأما البيع الفاسدُ فإنه إن فات الأجل وهو على حاله أو لم يتغير بنماءٍ أو نُقصان حتى يكون قد فات الرد فيه رأيته يُرد ويعتق عليه ، وإن كان قد فات قبلَ الأجل لم أَرَ عليه شيئاً ورأيته رقيقاً ، لأن الأجل لم يفت حتى ضمنه المشتري فلذلك لم يعتق عليه .

قال محمد بن رشد : أما الذي حلف أن يبيع عبدَه إلى شهر فباعه بيعاً فاسداً قبل الشهر فقولُه إنه إن مات قبل الأجل فقد بَرَّ وإن مضى الأجل وهو على حاله فقد حنث سواء رُد عليه أو فات بعدَ الأجل لا أعرفُ نصَّ خلافٍ إلاَّ أن الخلافَ يدخل فيه بالمعنى من مسألة الذي يبيع عبدَه بيعاً فاسداً قبل يوم الفطر فيمضي يومُ الفطر وهو بيد المشتري ثم يرده عليه بعد يوم الفطر أو لا يرده

عليه لِفَواته عنده قبل يوم الفطر أو بعده إذْ قد قيل إنَّ فطرته على المشتري ، وإن رُدَّ على البائع بعد يوم الفطر لأنه لو تلف عنده لكانت مصيبتُه منه وهو قول ابن القاسم ، فيأتي على قياس قوله هذا أن يَبَرَّ بالبيع الفاسد وإن رُدَّ عليه بعد أنْ قبضه المشتري وهو قول أشهب في سماع أصبغ من كتاب النذور أن الحالفَ ليَقْضَين رجلاً حقه يَبَرُّ بالقضاء الفاسد وإنْ نُقِضَ ورُد ، وقيل أيضاً إنَّ فطرته على المشتري إن لم يُرَد على البائع وإن كان لم يَفُتْ عنده إلاّ بعد يوم الفطر لأنه إذا لم يُرد على البائع فكأنه لم يزل ملكاً للمشتري من يوم قبضه ، وهو قول ابن الماجشون ، فعلى قياس قوله يَبَرُّ البائعُ بالبيع الفاسد إذا فات بيد المشتري وإن لم يفت عنده إلاّ بعد الأجل.

وتَفْرِقَةُ ابن القاسم في هذه الرواية بين أن يفوت العبدُ عند المشتري قبل الأجل أو بعده هو أظهر الأقوال وأولاها بالصواب ، لأن البر لا ينبغي أن يكون إلاّ بأكمل الوجوه ، وعلى القول بأن البيع الفاسد لا ينتقل به الملك ويكون المصيبةُ فيه من البائع وإن تلِفَ بيد المشتري وهو قولُ ابن القاسم في سماع أبي زيد من كتاب جامع البيوع في بعض الروايات لا يَبَرُّ الحالفُ بالبيع الفاسد على حال ، وهو قول رابعٌ في المسألة .

وأما إذا حلف أنْ لا يبيعه فإنه يحنث بالبيع الفاسد على ما يأتي له في رسم المدبر والعتق من سماع أصبغ قولاً واحداً ، لأن الحنث يدخل بأقل الوجوه إلا على القول بأن البيع الفاسد لا ينتقل به الملك .

وأما قولُه في الذي حلف أن يبيع عبدَه إلى أجل ثُمَّ رُدَّ عليه بعيب بعد الأجل : إنه حانث فهو على قياس القول بأنَّ الرد بالعيب نقضُ بيعٍ بدليل استشهاده بمسألة أم الولد ، وهو خلافُ المشهور من قوله ، لأن المشهور من قوله أنه ابتداء بيع ، فعلى قوله المشهور لا يحنث إذا رُدَّ عليه بعيب بعد الأجل أو قبله لأنه لو اشتراه قبلَ الأجل لم يُعتق عليه عنده ، وقعَ ذلك من قوله في المدنية من رواية عيسى عنه ، وقال : إنَّ من قال خلافَ هذا فقد اخطأ

وللمغيرة في المدنية أنَّ من حلف بحرية عبده ليبيعنه إلى أجل فباعه قبل الأجل أنه يحنث إن ألفاهُ الأجلُ عنده ، ومن قول ابن القاسم في المدونة وغيرها أنَّ من حلف بحرية عبده أنْ لا يفعل فعلاً فباعه ثم اشتراه أو وُهِبَ له أن اليمين ترجع عليه ويحنث بحريته إن فعل ذلك الفعل إلا أن يعود إليه بمراث .

ووجهُ ذلك أنه يتهم على إسقاط اليمين عن نفسه ببيعه إياه ليرد عليه ، فعلى قياس هذا يجب أن يحنث إذا رجع إليه قبل الأجل إلاَّ أن يرجع إليه بميراث .

فيتحصل على هذا في المسألة ثلاثة أقوال أحدها أنه يحنث بمُضي الأجل إن اشتراه قبل الأجل أَوْ رُد عليه ، وهو قول المغيرة في المدنية والذي يأتي على قول ابن القاسم في المدونة . والثاني أنه لا يحنث في الوجهين جميعاً ، وهو على قياس القول بأن الرد بالعيب ابتداء بيع وعلى أنه لا يحنث بالشراء ، والثالثُ الفرق بين أن يشتريه أو يُرد عليه بالعيب ، وهو على قياس القول بأن الرد بالعيب نقضُ بيع ، وهذا كله إذا لم يَعْلَمْ بالعيب ، وأما إذا علم به فلا اختلاف في أنه لا يبر إذا رُدَّ عليه قبل الأجل أو بعده لأنه يتهم على أنه إنما باعه وهو عالم بالعيب لِيُرَدَّ عليه وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسألته عن الرجل يحلف في جاريته بالحرية أَنْ يتَّخذها أم ولد فيبيعها هل يحنث فيها حين باعها أو يرد ذلك البيع وتكون عنده موقوفة بحالها ؟ أو قال وهي في ملكه والله لا أَتَّخِذُهَا أبداً هل تعتق عليه ساعةَ حلف بذلك أو لا تعتق عليه أبداً حتى يموت ؟ قال ابن القاسم : أَرى أَنْ تُرَدَّ وتكون في ملكه حتى يبر أَوْيموت فتعتق في ثلثه ، وكذلك قال مالكٌ فيمن حلف في رقيقه بحريتهم على أمرٍ أَنْ يفعله ثم باعهم إنه يُرَدُّ بيعُهم ويوقفوا في يديه حتى يبر أويموت فيعتقوا في ثلثه .

قلت : فإن فُلِّس سيدهم قبل أن يبر وقد حلف بحريتهم قبل الدين أو بعده يُبَاعوا في الدين ؟ قال ابن القاسم : يُبَاعوا في الدين للغرماءكانت يمينه فيهم قبل الدين أو بعده ، وليس هم بمنزلة المدبر لأنه هو إنْ أَرَادَ أن يبر بَـرّ وسقطت عنه اليمين ، وأن المدبر ليس له أمر يبر فيهم .

قال محمد بن رشد : قوله أَرَى أَنْ تُرَدَّ وتكون في ملكه حتى يبـر أَوْ يموت فتعتق في ثلثه، هو مثلُ ما في المدونة من قوله وروايته عن مالك، خلافُ قول ابن دينار فيها إنَّه إذا رد البيـع فيها اعتقت على البائع ، قال لأنه لا ينقض صفقةُ مسلم إلى رقٍّ ، وإنما ينقض إلى عتق ، وقد ذهب بعضُ الشيوخ إلى أن ما وقع من قول مالك في رسم العتق بعد هذا هو مثلُ قول ابن دينار في المدونة ، وليس ذلك بصحيح على ما سنذكره إذا وصلنا إليه إن شاء الله .

وقولُه إنهم يباعون في الدين كانت يمينه فيهم قبل الدَّين أو بعده وأنهم ليسوا بمنزلة المدبَّرين صحيح للعلة التي ذكرها ، وقد ذهب بعضُ الناس إلَى أنه يعارضُ ذلك ما وقع في أول رسم المدبَّر والعتق من سماع أصبغ بعد هذا أن هذه اليمين التي تكون فيها على حنث أقوى من المدبرة ، لأن المدبرة تُوَطأُ وهذه لا توطا وليس ذلك ببين ، لأنه إنما أراد أنها أقوى منها في أن وُلْدَهَا يدخلون معها ، وليست بأقوى منها في ذلك ، بل هي أضعف إذْ قد اختلف في دخول ولدها معها في اليمين حسبما مضى القولُ فيه في رسم بع ولا نقصان عليك ، ولم يُختلَف في دخول ولد المدبرة معها في التدبير ، ورأيت لابن دحون أنَّه قال في هذه المسألة : ولو اشتراهم بعدَ بيع السلطان عليه للغرماء لرجعت اليمين عليه لأنهم بيعوا وهو على حنث .

فأما قوله إن اليمين ترجع عليه فهو صحيح ، وأما تعليله ذلك بقوله لأنهم بيعوا وهو على حنث فليس بصحيح ، لأن اليمين ترجع عليه على مذهبه وإن كان على بر ، فهو نص قوله في المدونة خلافُ قول غيره فيها وبالله التوفيق .

مسألــة

وسألتُ ابنَ القاسم عن الرجل يحلف بحرية عبده أَنْ لَا يبيعه فيغتصبه منه إنسان فينقص عنده ، فهل لهْ أن يأخذ قيمتَه ؟ قال : إن كان الذي نقصَه أمر جاءه من الله وَأَخَذَ قيمتَه فقد حنث ، لأنه كان مخيراً على الغاصب إمَّا أن يأخذه بعينه ولا شيء عليه في العيب وبين أن يُسلمه ويأخذ قيمته ، فإذا أسلمه وأخذ قيمته كان بائعاً له ، ولو أصابه غيرُه فأخذ له أَرْشاً أو لم يأخذ له فأسلمه كان حانثاً إذا رضي بالقيمة من غاصِبِه ، ولو أنه أخذه وأخذ ما أخذ الغاصبُ في جرحه أوْ اتبع الجارح بما جنى على عبده لم يكن عليه شيء ، فقد قال ابنُ القاسم في رسم القطعان في الرجل يحلف أن لا يبيع سلعةً فتُغْصَبُ منه فيجدها قد نقصت ، قال : إن كان نقصاناً يسيراً فأخذ قيمتها حنث ، وإن كان نقصاناً فاحشاً يكون الثلثَ فأكثر فأخذ له ثمناً فلا شيء عليه ، وقال أيضاً في كتاب المكاتب : إن كانت السلعةُ قائمة فهو حانثٌ ، وإن كانت قد فاتت فأَخَذَ قيمتَها أو سلعةً مثلَها فلا حنث عليه .

قال محمد بن رشد : قد مضت هذه المسألة في رسم القطعان من سماع عيسى من كتاب النذور وقلنا فيها هنالك : إنَّ الذي يتحصل من هذه الروايات ثَلَاثَةُ أقوال **أحدها** أنه لا يحنث بِأَخْذِ القيمة منه إذا فاتت عنده فواتاً يوجب له تضمين القيمة إياه يسيراً كان النقصانُ أو كثيراً بأي وجه كان وهو الذي في كتاب المكاتب **والثاني** أنه يحنث بأخذ القيمة منه فيها وإن فاتت ووجب له تضمين القيمة إياه يسيراً كان النقصانُ أو كثيراً بأي وجه كان ، وهو الذي في هذا الرسم **والثالث** أنه يحنث بأخذ القيمة منه فيها إن كان النقصانُ يسيراً ولا يحنث إن كان النقصانُ كثيراً أكثرَ من الثلث .

ووجه القول الأول أنَّ ذلك ليس ببيع لأنَّ البيع إنما يكون برضى المتبايعين ، والغاصبُ مجبورٌ على أخذِ القيمة منه .

ووجه القول الثاني أن ذلك بيع من أجل أنه مخير بين أن يأخذ سلعته ويُضَمِّنَه ما نقص يسيراً كان النقصانُ أو كثيراً وبين أَنْ يُسلمها اليه ويأخذ منه قيمتها ، فأشبه من حلف أن لا يبيع سلعة قد باعها على أنَّه فيها بالخيار أنَّه يحنث إن أمضاها له وإن كان المبتاعُ مجبوراً على أداء الثمن فيها للعقد المتقدم .

والقولُ الثالث لا يَخرجُ عن القولين فهو استحسان على غير حقيقة القياس .

وقد تُؤُوِّلَ ما في كتاب المكاتب على أنه إنما أراد بما ذكره فيه من الفوات فواتَ عينها فترجع المسألة على هذا التأويل الى قولين ، **أحدهما** أنه حانث بكل حال ، والثاني الفرق بين القليل والكثير ، **والصحيح** أَنْ تُحملَ الروايةُ على ظاهرها ، وقد بينا وجهَ ذلك وبالله التوفيق .

مسألـــة

وعن الأمة يكون بعضُها حُرّاً وبعضُها رقيقاً يطأها الذي له فيها الرق فتحمل فتعتق هل على الذي كان أعتقَ بعضَها من ولاء الولدِ شيءٌ أم لا ؟ قال : لَا ، الولدُ بينهما .

قال محمد بن رشد : روى ابنُ المواز عن ابن القاسم مثلَ رواية عيسى هذه ، وقال من رأيه ، والصوابُ أن يكون الولاءُ لأبيهِ ، والنسبُ أملكُ به ، وعلى الأب عتق ، وبالحمل عتق الأُمِّ وكل ولد يلحق بأبيه ويَخْرُجُ حُرّاً فولاؤه لأبيه ولو أعتقَ المتمسكُ بالرق ثم تزوجها رجل فولاءُ ولده لِمَوَالِيهِ دون مواليها ، والذي قاله محمَّد بن المواز هو الصحيح ، لأنَّ كل ولد يولد للحر ويلحق به نَسَبُه فولاؤه لِمَوَالِي أبيه ، فإن كان مولى ولا يكون الولاء لموالي الأُم

إلَّا إذا كان النسب منقطعاً منَ الأب مِثل أن يكون ولد زنا أو منفياً بلعان أو كافراً حَرْبياً وبالله التوفيق .

ومن كتاب العتق

وسئل ابنُ القاسم عن رجل باع عبداً من رجل فأعتقه المشتري فجاءه البائعُ فتقاضاه الثمن فأنكر أن يكون اشتراه وقال إنما استأجرتُه منك فخذ عبدك وقد علم البائع بالعتق .

قال : إن كان له مالٌ يومَ أعتقه فيه وَفَاءُ ثمنه فلا أرى له أن يأخذه ، وإن لم يكن له مالٌ يوم أعتقه في ثمنه فَضِلَ عن دَيْنه فأرى أن يأخذه ويبيع منه قدر دينه ، ويعتق ما بقي منه إذا لم يكن عَلِمَ بعتقه ولم يكن له مالٌ يومَ أعتقه .

قال محمد بن رشد : تحصيل القول في هذه المسألة أنَّه إن كان للمشتري وفاءٌ بالثمن فلا يصح له أن يأخذه لأنه مقرٌ أنه حُرٌّ بعتق المشتري إياه بعلمه ، وإن لم يكن له مالٌ ولا كان في قيمته فَضْلٌ عن ثمنه كان له أن يأخذه ، لأن الثمن الذي له عليه يرد عتقه فيه .

وأما إن كان في قيمته فضلٌ عن ثمنه مثل أن يكون باعه منه بمائة وقيمتُه خمسون ومائة ، فلا يأخذه إلاَّ أن يكون لم يعلم بعتقه إياه فيأخذه ويبيع منه ثلثيه بمائة ويعتق ثلثه ، وإنما لم يَرَ أَنْ يأخذه إذا علم بعتقه وكان فيه فضل لِوُجُوبِ عتقه عليه ، لأنه إذا أعتق عليه الفضلَ بإقراره أنه أعتقه أُعْتِقَ عليه باقيه وإنما يجب أن يُعتق عليه باقيه على القول بأن ما أعتق عليه منه بإقراره بأنَّ المشتريَ أعتقه يكون ولاؤُه له لا للمشتري .

فقولُ ابنِ القاسم في هذه المسألة خلافُ ما مضى من قوله في رسم

يوصي لمكاتبه من أنَّ من شهد على ابنه بعتق عبدٍ له فملك منه شقصاً زائداً على ميراثه منه أنه يعتق عليه جميعُ ما ملكه منه ، ولا يقوم عليه باقية ، وقد مضى الكلامُ على ذلك هنالك ، والذي يأتي في هذه المسألة على قياس قوله في رسم يوصي لمكاتبه أنه لا يقوم عليه باقية أن يكون له أن يأخذ العبدَ إذا كان في قيمته فضلٌ عن ثمنه وإن كان عالماً بعتق المشتري إياه فيباع منه بقدر الثمن ويعتق عليه باقية الباقي .

وقوله فيها إنه إن كان له مال يوم أعتقه فيه وفاء ثمنه فلا أرى له أن يأخذه يريد ويعتق عليه بإقراره أن المشتري أعتقه على ما يأتي من قوله في رسم المدبر والعتق من سماع أصبغ هو على قياس أَحَدِ قولي ابن القاسم في المدونة في العبدِ بَيْنَ الشريكين يشهدُ أحدهما على صاحبه أنه أعتق نصيبَه منه وهو موسِرٌ أنه يعتق عليه نصيبُه لأنه مقر على نفسه بوجوب عتقه على شريكه بالتقويم ، وكذلك هذا يعتق عليه العبدُ لإقراره على نفسه بوجوب عتقه على المشتري بالشراء ، إذْ قد أعتقه بعدَ أن اشتراه ، فالمعنى في المسألتين سواءٌ ، يدخل الاختلاف في هذه (٢) تلك وبالله التوفيق .

مسألــة

وسألتُه عن رجل هلك فورثته ابنتُه وابنُه فشهدوا أنَّ أباهما أعتقَ هذا العبدَ واختلفا ، فقال الابنُ هذا وقالت الابنةُ هذا .

قال : لا شهادة لهما فإن مَلَك أحدُهما من شهد له أعتق عليه كله أو ما حمل ثلث الميت ، قال : وإن اجتمعا على عبد واحد عتق في ثلث الميت أَوْ مَا حَمَلَ الثلثُ منه إذا لم يكن للميت وارث غيرهما .

---

(٢) بياض بالأصل ناشىء عن طمس في ق ٣ .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إنه لا شهادة لهما إذ لا يثبتُ العتقُ بشاهد واحد ولا تجوز فيه شهادته ، وقد مضى في رسم العرية ورسم يوصي لمكاتبه تحصيلُ القولِ فيما يلزم من شهد من الورثة بعتق على موروثه فلا معنى لإعادته ، فإن اجتمعا جميعاً على عبد واحد ولم يكن للميت وارث غيرُهما جازَ إقرارُهما على أنفسهما وعتق في ثلث الميت كما قال إنْ كان إنما شهدا أنه أعتقه في مرضه أو أوصى بعتقه ، وهذا بين لا إشكال فيه وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسألته عن إخوة ثلاثة شهد اثنان منهم بعتق عبدٍ وقال الثالثُ لا بل هو هذا ولا وارث له غيرهم .

قال يعتق الذي شهد له الشهيدان إن حمله الثلثُ ولا يعتق الذي أَقَرَّ له الواحدُ إلاَّ أن يملكه كلَّه أو بعضَه فيعتق عليه منه ما حمل الثلث ، فإن لم يملكه كله وملك منه بعضَه عتق منه عليه ما ملك ، ولم يقوم عليه حظوظُ شركائه ، قال : وإن لم يَصِرْ له منه إلاَّ مال أُمِرَ بأن لا يأكله وأن يجعله في رقبة يعتقها ، فإن لم يكن فيه ما يُعتق به رقبة استَتَمَّ به قطاعة مكاتب أو أعتق هو وقوم عبداً ، قال عيسى : وهذا إذا كان الذي شهد للواحد مكذباً لشاهدي الآخر ، وإما إذا كان الذي شهد لهذا غيرَ مكذب لشهادة الأولين للآخر فإنما يعتق عليه من الذي شهد له إذا ملكه ما كان يحمل الثلثُ منه مع الآخر أو تحاصا فيه .

قال محمد بن رشد : قوله شهد اثنان مِنْهُم بعتق عبد ، معناه أنَّه أوصى بذلك أو بَتَّلَ عتقَه في مرضه الذي مات منه بدليل قوله : يعتق الذي شهد له الشهيد إن حمله الثلثُ .

وقوله ولا يعتق الذي أَقَرَّ له الواحد يريدولا حَظُّه الذي صار له بالميراث منه .

وقولُه إلَّا أن يملكه كله أو بعضه يريد إلَّا أن يملك بقيتَه فيستخلصه بذلك منه أو يملك منه جزءاً زائداً إلى ميراثه منه فيعتق عليه منه ما حمل الثلث .

وقوله فيعتق عليه ما حمل الثلث معناه دون الآخر الذي أعتق من الثلث بالشهادة ؛ لأنه مكذب لها على ما قاله عيسى من أن هذا إذا كان الذي شهد للواحد مكذباً لِشَاهِدَيْ الآخر فقولُ عيسى بن دينار في هذا مفسر لقول ابنِ القاسم في هذه الرواية خلافُ قوله في سماع أبي زيد بعد هذا من هذا الكتاب ، وخلافُ ما مضى من قوله أيضاً في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الوصايا ، إذ قد نَصَّ في هذا الموضعين جميعاً على أنه إنما يعتق عليه ما حملَ الثلثُ منه مع صاحبه الذي عتق بالشهادة ، والذي في هذه الرواية هو الصحيح في النظر ، وأما قولُ عيسى بن دينار إذا كان الذي شَهِدَ لهذا غيرَ مكذب لشهادة الأولين فإنما يعتق عليه من الذي شهد له إذا ملكه ما كان يحمل الثلثُ منه مع الآخر لو تَحَاصًا فيه ، فلا ينبغي أن يحمل على التفسير لقول ابن القاسم ، لأن المنصوص لابن القاسم في رسم باع شاة من سماع عيسى من كتاب الوصايا أنه يُسهم بينه وبين العبد الذي أعتق بالشهادة ، فإن خرج السهمُ عليه عتق إنْ حمله الثلث أو ما حمل منه ، وهو الصحيح في النظر ، لأن هذا هو الذي كان يجب لهذاالعبد لو ثبت ما أقر به الوَارِثُ من أنه أوصى بعتق العبدين جميعاً وبالله التوفيق .

مسألــة

وسألتُ ابنَ القاسم عن رجل حلف بالحرية أو بطلاقٍ إنْ لم يكن بفلانة عيبٌ بموضع كذا وكذا مما لا يراه إلَّا النساء وهي حرة أَوْ

أمةٌ مملوكة ، فقالت الحرةُ لا أُمَكِّنُ أحداً ينظر إلي لا امرأة ولا غيرُها ، وقال الرقيق والزوجة ليس ذلك بنا أَوْ أَذِنت الحرةُ في أن ينظر إلَيها امرأةٌ فنظرت فقالت ليس بها ما قال ، هل يحنث بالعتق والطلاق بقولها ؟ قال : لا يحنث ، وهو يُدَيَّنُ وليس نظرُ النساءِ بشيء .

قال الامام القاضي : هذا كما قال ، إذْ لا يجب الطلاقُ والعتقُ بشهادة النساء ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قال : وسألتُه عن عبدٍ بين رجلين قال له أحدُهما : اخْدُمْنِي عشرَ سنين وأنت حر ، وقال له الآخر : أنتَ مدبر .

قال : أرى أن يُتْرَكَ على حاله في العتق والتدبير ، فإن مات الذي دَبَّرَ قبل عشر سنين وترك ما لا يخرج نصيبه من ثلثه عتق نصيبه وبقي النصفُ الآخر إلى الأجل الذي أعتق اليه ، وإن مات ولا مال له أو كان له من المال ما لا يُتِمُّ في ثلثه عتقَ نصفه عتق منه ما عتق في ثلثه ، وقُوِّمَ ما بقي من الرق في النصف على الذي أعتق إلى عشر سنين فكان حُرّاً إلى عشر سنين ، وإن انقضت العشرُ سنون قبل موت الذي دبر قُوم على هذا الذي أعتق إلى عشر سنين نصف صاحب المدبر فيعتق عليه كله وانفسخ التدبيرُ الذي دبر إلَّا إنْ شَاءَ الذي دبر أن يُعجل عتقَ نصيبه فيكون ذلك له .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن التدبير لا يلزم به التقويمُ كالعتق إذ قد يَرُدُّه الدينُ ، وإنما التقويمُ فيه أو المقاومة على اختلاف قول مالك حَقٌّ للذي لم يدبر من أجل الفساد الذي أدْخله عَلَيْهِ فيه بتدْبير حظه منه ، فإن شَاءَ قوَّمه عليه أو قاومه فيه على اختلاف قول مالك ، وإن شاء

تمسك بحظه منه ، فسواء في هذه المسألة علم الأول منهما أو لم يعلم ، بخلاف إذا أعتق كل واحد منهما حظَّه منه إلى موت صاحبه أَوْ إلى موت رجل سماه ، وقد مضى الكلامُ على ذلك في رسم أوصى .

فإن كان الذي أعتق نصيبَه الى عشر سنين هو الأول منهما لم يصح أن يُقَوَّم عليه نصيبُ شريكه المدبِّر ، إذ قد يجب له العتق بالتدبير قبل العشر سنين لا سيما وقد قيل وهو أحد قولي مالك إنه لا يُقَوَّمُ على من أعتق حظه من عبدٍ إلى أجل حظُّ شريكه حتى يحل الأجل ، فإن مات الذي دبر حظه قبل العشر سنين فرده الدينُ أو لم يحمله الثلثُ قُوِّمَ على ما قال ما رق منه على الذي أعتق إلى عشر سنين على القول بتعجيل التقويم على من أعتق حظه من عبد بينه وبين شريكه الى أجل .

وإن كان الذي دبر نصيبَه هو الأول منهما لم يكن لشريكه عليه حجة فيما كان يجب له عليه من التقويم أو المقاومة إذْ قد أَفَاتَ نصيبَه بعتقه إلى أجل ، فإن حل الأجل قبل أن يموت شريكُه الذي دبر نصيبه قُوِّمَ عليه حظُّ شريكه المدبِّر كما قال على قياس قوله في المدونة في المدبر بين الرجلين يبتل أحدُهما نصيبَه : إنه يقوم عليه نصيب شريكه المدبر ، ولا يقوم عليه على القول بأنه لا يقوم على من أعتق حظه من عَبْدٍ حظ شريكه الذي كان دبره قبلُ من أجلِ أن التدبير عقدٌ قوي لازم يصح به الولاءُ للمدبر ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن رجل قال : ابتاعوا غلاماً فأعتقوه ، أو قال غلامَ بني فلان فأعتقوه هل يوقف في الأيام الثلاثة أو يشتري بيع البراءة ويعجل له العتق .

قال : أرى أن يشتري بيع البراءة ويعجل له العتق ولا يخاطر به .

قال محمد بن رشد : أما إذا كان عَبْداً معيناً فكما قال ، لا ينبغي أن يشتري على العُهْدَةِ فيخاطر به ، إذ قد يموت في الأيام الثلاثة فتبطل الوصية له بالعتق .

وأما إذا كان غيرَ معين فالصوابُ أن يشتري على العُهْدَة ، لأنه إن مات في الثلاثة الأيام أو أصابه فيها عيب كان من البائع ، واشتُرِيَ غيرُه للعتق في الوصية ، وإن اشتُرِيَ على البراءة وعجل له العتق قد يُصيبُه عيبٌ في الثلاثة الأيام فلا يمكن ردُّه ، ويكون قد اعتق عنه عبداً معيباً ، وهذا بين فلا ينبغي أن يُحمل كلامُه في الرواية إلاَّ على العبد المعين بقوله اشتروا غلامَ بني فلان فأعتقوه وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن الرجل يخبر عن الرجل أنّه قد أعتقَ عبدَه ثم يشتريه بعد ذلك .

قال : إن كان خَبَرُهُ على وجه أنه قد علم ذلك منه ، يُخْبِرُ عنه بِأنّه قد أعتقه عندي ليس يخبره عن أحد أخبَرَهُ به رأيتُ أن يُعتق عليه .

قال الإمام القاضي : هذا تفسير قوله في المدونةِ ، وأشهبُ يرى انه لا يعتق عليه إلاَّ أن يقيم على قوله بعد أنْ اشتراه ، وأمّا إن كذب نفسه فلا يعتق عليه ، وإذا أعتق عليه فولاؤُه عند ابنِ القاسم للذي أخبر عنه أنه أعتقه ، وقال أشهبُ والمخزومي ولاؤُه للذي أعتق عليه ، وقد ذكرنا هذا في رسم أوصى وما يلزم من تقويم الشقص على هذا الإختلاف ، والله الموفق .

مسألــة

وقال في المدبَّر والعبدِ يُوصَى بعتقه فيعتق أحدُهما عبداً قبل أن يقوما بعدَ موت السيد .

قال : منزلةُ من اعتقا بمنزلتهما إنْ كان للسيد أموالٌ مَأْمُونَة فماتا أو مات من اعتقا قبل التقويم وَرِثهم ورثتُهم من الأحرار وإن لم تكن له أموالٌ مأمونة فلا عتق لهما ولا لمن أعتقا حتى يُقَوَّمَا في الثلث ، فإن خرجا حرين في القيمة عتق من عتقا وكان ولاؤُهم لهما .

قال محمد بن رشد : هذا على مذهبه في المدونة فِي مُرَاعَاةِ المال المأمون ، وقد قيل إنه لا يُراعى ، وهو قول بعض الرواة في المدونة ، فقيل المريضُ لا يُنظر فيه إلاَّ بعد الموت والتقويم كانت له أموال مأمونة أولم تكن وهو القياس وبالله التوفيق .

مسألــة

قال في الذي يشتري أباه أو أخاه فلا يدفعه اليه البائع حتى يأتيه بالثمن فيهلك العبد قبل أن يأتيه أو يُقْتَلُ .

قال : إذا ملكه المشتري فهو حر وإن لم يقبضه ، لِأَنَّ ضمانَه منه فهو في جراحه وميراثه وعقله بمنزلة الحر إذَا كان لمشتريه مال .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن من ملك من يُعتَقُ عليه بوجه من وجوه الملك فَبِنَفْسِ المِلك يكون حُراً دون أن يُسْتَأْنف له العتق او يحكم له به ، وهذا ما لا اختلاف فيه أعلمه ، ومعنى ما روي عن النبي عليه السلام من قوله : هو « **لا ولد والده**[٣] **إلاَّ أن يَجِدَهُ مَمْلُوكاً فَيَشْتَرِيهِ فَيُعْتِقُهُ** » معناه فيعتِه بشرائه إياه الذي هو سببٌ لعتقه ، لا أنَّه يكون له ملكاً بعد الشراء حتى يعتِقَه ، وفي القرآن ما ينفي أن يكون ولدُ الرجلِ عبْداً له وهو قوله تعالى : ﴿ **وَمَا يَنْبَغِي لِلرَّحْمَانِ أَنْ يَتَّخِذَ وَلَداً إِنْ كُلُّ مَنْ فِي السَّمَوَاتِ وَالأَرْضِ**

---

(٣) كذا بالأصل و ق ٣ : لا يجزي ولد والده . والذي في منتقى الأخبار لا يجزي والدٌ عن والده . والحديث رواه الجماعة إلا البخاري عن أبي هريرة .

﴿إِلَّآ ءَاتِي الرَّحْمَانِ عَبْداً﴾(٤) وإذا انتفى المِلْكُ مع النُّبُوَّة فأحرى أن ينتفي مع الأبوة ، وقد مضى في رسم العتق من سماع أشهب تحصيلُ القول فيمن يعتق على الرجل بالملك من ذوي محارمه إذَا ملكهم ، فلا وجه لإعادته وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن الرجل يحلف بحرية غُلامه أَنْ لَا ينقصه من ألف دينار فيبيعه إلى أَجَلِ سَنَةٍ .

قال : لا يحنث إذا لم يكن سمي تأخيراً حين حلف .

قال محمد بن رشد : في قوله في هذه المسألة لا يحنث إذا لم يكن سمى تأخيراً حين حلف نظرٌ ، لأنه إذا لم يحنث إذا لم يسم تأخيراً فأحرى أن لا يحنث إذا سَمَّى تأخيراً ، فمرادُه أنه لا يحنث وإن لم يكن سمي تأخيراً حين حلف ، وإنما تكلم على الوجه الذي قد يشكل ، وهو إذا لم يسم التأخير ولا نواه في يمينه ، إذْ لا إشكال في أنه لا حنث عليه إذا سمى التأخيرَ ونواه ، وقد قال ابن دحون فيها : إنَّها مسألةٌ حائلة اللفظ ، والجواب قال : وإنما جوابُها أنه لا يحنثُ إذا نوى تأخيراً حين حلف ، فأما قولُه إنها مسألة حائلة اللفظ فليس بِجَيِّدٍ ، إذْ له وجهٌ يصح به ، فهو ما بيناه من أنه تكلم على الوجه الذي قد يشكل في المسألة ، وسكت عن الوجه الذي لا يشكل إتِّكالاً على فهم السائل فلا يُقام من قوله دليلٌ على أنه يحنث إذَا سمى تأخيراً حين حلف ونوى ذلك .

وأما قولُه إنَّ الجواب فيها أنه لا يحنث إذا نوى تأخيراً حين حلف فليس بصحيح ، لأن فيه دليلاً على أنه يحنث إذا لم ينوِ تأخيراً حين حلف ، والصوابُ أنه لا حنث عليه إذا لم تَكن له نيةٌ وإنما يحنث إذا نوى النقدَ أوْ سماه

(٤) الآية ٩٣ من سورة مريم .

أو كان ليمينه بساطٌ يدل على أنه أراد النقدَ ، ولو حلف على رجل بعينه أن لا يبيعه منه بأقل من عشرة وقد سأله أنْ ينقصه منها فحلف أنْ لا يفعل ثم باعه منه بعشرة إلى أجلٍ لتَخَرَّج ذلك على الاختلاف فيمن حَلَفَ أن لا يضع عن رجل شيئاً من دين له عليه فَأَخَّره به ، وقد مضى الكلامُ على ذلك في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب وكتاب الأيمان بالطلاق وبالله التوفيق .

مسألــة

وسألتُ ابنَ القاسم عن الرجل يحلف بحرية جاريةٍ له على أمْرٍ أنْ يفعله فولدت بعد اليمين أَوْلاداً فباعها وبقي أَوْلَادُها في يده .

قال ابن القاسم يُرَدُّ البيعُ وتكون موقوفةً هي وولدها حتى يموتَ السيدُ فيعتقون في ثلثه أو يبر فَيَصْنَعُ بها ما شاء، ولا يطأ جاريةً إن كانت فيهم ، وهذا كله قول مالك ، فإن ماتت فولدها موقوفٌ بمنزلتها .

قلت : فإن اعتقها الذي اشتراها أو ولدت منه أولاداً أو دبرها .

قال : إن كان إلى أجل رُدَّ عتقه وأُوقفت إلى أجل حتى يبر أوْ يحنث ، وإن كان إلى غير أجل لم أَرَ أن يُرَدَّ عتقُه ، لأنها إنما تعتق في الثلث ، ولعلهـا أن ترق فيلحقها الدين وقد عتقت وقد جاءها ما هو أثبت ، والمدبرةُ والمدبر بمنزلة إذا أعتق لم يُرَدَّ وإنما يعتق في الثلث ، لأنه قد جاء ما هو أثبتُ ، فأمرُهما واحدٌ .

ولو كانت جاريةً فاتُّخِذَتْ أمّ ولد فإن كانت اليمينُ إلى أجل وفات الأجل وهي في يد المبتاع عتقت ورد الثمن وَتَاصَّ بولدها من ثمن أُمهم ، فإن كانت قيمتُهُم أدنى من ثمن أُمِّهِمْ رجع على البائع ببقية الثمن ، فإن كانوا سواءً فلا شيء على البائع ، وإن كانت قيمة الولد أكثرَ لم يرجع عليه البائع بشيء ، قال : وإن مات السيدُ قبل

الأجلِ كانت أُمَّ ولد لمن اشتراها لأنه مات على برٍّ فلم يحنث فيها ، وإن عتقت ردت وأُوفقت فإن مات السيد قبل الأجل جَازَ عتقُ من أعتقها وإن أتي الأجلُ ولم يبر عتقت عليه ورد الثمن إلى المشتري ، وإن بَرَّ جاز عتقُ من أعتقها .

وقال ابنُ كنانة يعتق ما في يديه من ولدها وما باع فليس عليه في ذلك حنث، وقال أشهبُ لا شيء عليه من قيمة ولدها منه، قال عيسى : أرَى إنْ باعهم قبل الحنث فاعتقهم المشتري فَأَرَى عتقَهُمْ جائزاً ولا يُرَدُّ البيعُ كان إلى أجل أو غيرِ أجل .

وقد سُئِل مالكٌ عمن حلف بعتق جارية لَيَضْرِبَنَّها فَأُنْسِيَ يمينَهُ حتى باعها من رجل فأصابها ذلك الرجل فحملت منه ، ثم شهد عليه شَاهِدَانِ أنه قد كان حلف بعتقها ليضربنها .

قال مالك : قد عتقت منه حينَ باعها قبلَ أن يضربها وَيَرُدُّ ثمنَها إلى الذي كان باعها منه ، قال ابن القاسم : إذا فاتت بحمل عتقَت وردَ على المشتري الثمنَ ولم يكن له عليها سَبِيلٌ ، وإن لم تحمل رُدَّت فيبر فيها بضربها ، قال عبد الله بن نافع : إن لم تحمل رأيتُ أن تُرَدَّ الى سيدها .

قال محمد بن رشد : قولُهُ في الذي حلف بحرية جاريةٍ له على أمر أنْ يَفْعَلَهُ فولدت بعد اليمين : إنَّ ولدها بمنزلتها يدخلون في اليمين معها هو القياسُ والمشهورُ في المذهب ، وقد قيل إن ولدها لا يدخلون في اليمين ، وهو قول المغيرة المخزومي ، وقد ذكرنا ذلك في رسم بع ولا نقصان عليك ، وأما إذَا باعها قبلَ أن يبر فيها بفعل ما حلف ليفعلنه فالمشهور أَنَّ البيع يُرَدُّ وتبقى الأمة في يد البائع حتى يبر أو يحنث بموته فيعتق في ثلثه ، وكذلك إذا دَبَّرها وإن كان لم يُجِبْ في الرواية على التدبير ، ولابن دينار في المدونة في

الذي يحلف بعتق جاريته ليضربنها فيبيعها إنَّ البيع يُرَدُّ ويعتق عليه ، قال : لِأَنِّي لا أَنْقُضُ صفقةَ مسلمٍ إلى رق ، ولا أنقُضها إلاَّ إلَى عتق ، فتعليلُه يدل على أنه لا فرق عنده بين أن يكون يمينه على ضربها او على ما سوى ذلك من الأفعال ، وهو بعيدٌ أن يعتق عليه إذَا كانت يمينُهُ على ما سوى ضربها ، لأن البر يمكنه بعد بيعها بفعل ما حلف ليفعلنه ، وأَمَّا إذا حلف بحريتها ليضربنها فباعها فعتقها عليه ببيعه إيَّاها وجهٌ وهو لا يمكنه البِرُّ فيها بضربها بعد بيعها ، فوجب أن يحنث وتعتق عليه ، وقد حكى ذلك ابنُ حبيب عن مالك وقولُ ابن كنانة في هذه الرواية إنَّه ليس عليه فيما باع حنثٌ قولٌ ثَالِثٌ في المسألة ، ووجهُهُ أنه لما باعها قبلَ أن يحنث فيها لم يكن عليه شيء .

وأمّا إنْ لم يُعْثَرْ على ذلك حتى اعتقها المشتري أَوْ أولدَهَا فينفذ عتقُهُ فيها وإيلاَدُهُ لها ، ولا ترد على البائع على ما قاله ابنُ القاسم في هذه الرواية ، ومعنى ذلك إذَا كانت يمينُهُ بغير ضربها ، وأما إذا كانت يمينُهُ بضربها فتعتق على البائع ويُرَدُّ الثمنُ على المشتري على ما قاله ابن القاسم في رسم المدبر والعتق من سماع أصبغ إذا أولدها المشتري ، وعلى ما قاله مالكٌ في هذه الرواية إذَا اعتقها إذْ لَا فرق بين العتق والإيلادِ في هذا الموضع عند ابن القاسم ، لأنه لا يرى على المبتاع قيمةَ الولد على ما قاله في سماع أصبغ ، وهو الذي يدل عليه قولُ مالك : قد عتقت منه حين باعها ، لأنّها إذا كانت قد عتقت عليه حين باعها فإنما وطىء المبتاع حرةً ، ومن رأى أَنَّ عتقها لا يجب على البائع إلاَّ بفَوَاتِهَا بالحمل من المشتري احتمل أَنْ يُوجِبَ عليه قيمَةَ الولد ، والأظهر أَلاَّ يجب عليه فيه قيمةٌ إذْ لم يتقدم الحملُ على العتق وإنما وقعا معاً ، وليس قولُ ابن القاسم في هذه الرواية بخلافٍ لقول مالك فيها .

وأما إذا حلف بحريتها أَنْ يفعل فعلاً إلى أجل فباعها قبل الأجل فَعُثِرَ على ذلك قبل أنْ يفوت فَيُرَدُّ البيعُ ويقر بيد البائع حتى يبر أو يحنث ، ويأتي على تعليل ابن دينار أَنْ يُرَدَّ البيعُ ويعتق على البائع ، وكذلك يأتي على ما

حكاه ابنُ حبيب عن مالك إن كانتِ يمينُهُ لَيَضْرِبَنَّها حسبما مضى إذا كانت يمينُهُ إلى غير أَجَل .

وأما إذا لم يُعثر على ذلك حتى أَوْلَدَهَا أو أعتقها والأجلُ لم يَحِلَّ فقال ابنُ القاسم في الرواية : إنَّ العتقَ يُرد إنْ اعتقها ويُوقَفُ إلَى الأجلِ حتى يبر أو يحنث يريد فإن بَرَّ فيها بِفِعْلِ ما حلف ليفعلنه أو مات قبلَ الأجلِ مضى البيعُ ونفذ عتقُ المبتاع فيها وإن حنثَ بحلول الأجلِ عتقت عليه ورد الثمن إلى المشتري ، وكذلك يجب في الإيلاد على مذهبه خلافُ قولِ عيسى بن دينار من رَأْيِهِ : إنَّ البيعَ لا يرد إذا أعتقهم المشتري ، ويمضي العتق كانت اليمينُ إلى أجل أو إلى غير أجل ، وكذلك لا يُرَدُّ البيع فيها إذَا أولدها على مذهبه كانت اليمين إلى أجلٍ أو إلى غير أجل ، وهو الذي ذكرناه من مذهب ابن القاسم إذا فات عند المشتري بحمل أو عتق إنما معناه إذا كانت يمينُهُ بغير ضربها وَأَمَّا إذا كانت يمينُهُ بحريتها لَيَضْرِبَنَّها إلى أجلٍ فباعها ولم يُعْثَرُ على ذلك حتى أعتقها المشتري أوْ أولدها فتعتق على البائع ويرد الثمن على المشتري أعتقها أو أولدها على ما قاله ملاك إذا كانت اليمينُ إلى غير أجل ، ولا خلاف في هذا الوجه إلاَّ ما يتخرج من الإختلاف في وجوب القيمة في الولد على المشتري حسبما وصفناه إذَا كانت اليمينُ إلى غير أجل .

وأمّا إن لم يُعْثَر على ذلك حتى فات الأجلُ فإنها تعتق على البائع ويرد الثمن على المشتري في العتق والايلاد ، ويكون عليه في الإيلاد قيمةُ الولد إلاَّ أن يكون أكثرَ من الثمن ، ومعنى ذلك عندي إذَا كان الايلادُ قبلَ حلول الأجل ، وقال أشهب : لا شيء عليه من قيمة ولده منها ، ومعنى ذلك عندي إذا كان الإيلاد بعد حلول الأجل ، فعلى هذا لا يكون قولُ أشهب مخالفاً لقول ابن القاسم ، ومن حمله على الخلاف فإنما ذلك إذا كَانَ الإيلادُ قبلَ الأجل فيكون وجهُ قولِ أشهب أنَّ البائعَ لَمَّا باعَ الجاريةَ منه وهو قد حلف بعتقها فقد سَلَّطَهُ على إيلادها وترك حقه في ولدها .

وأما إذا كان الإيلادُ بعدَ حلولِ الأجل فلا إشكال في أنه لا قيمة عليه في

الولد ، لِأَنَه إنما أولد حُرَّةً ، وإنما قال ابن القاسم إنَّه لا يكون على المبتاع في الولد أكثر من الثمن ، لأن البائع إذا باعها فقد رضي بالثمن فلا يكون له فسخُ البيع في الولد اكثر من ذلك .

وإنما ينقض البيعُ بعد العتق أو الإيلاد ويرد الثمن إلى المشتري إذَا كانت على اليمين بينه أو أَقَرَّ بذلك المبتاعُ ، وأما إن لم يصدقه المشتري وَلاَ قامت بذلك بينة فهي أُمُّ ولد له ، ويُنتظرُ البائعُ بالثمن بتصديق المبتاع ، فإن يئس من ذلك جعل ثمنها في رقبة يعتقها ، قال ذلك أشهبُ وحكاه ابن سحنون عن أبيه .

ولا اختلافَ في أن البائع إنْ كانت يمينه ليضربنها لا يبر بضربها بعد العتق أو الإيلاد .

واختلف هل يبر بضربها بعد أن باعها ، فقال أشهب : إنه يبر بذلك وإنْ نَقَصَهَا بضَرْبه غَرِمَ النقصان ، وقال ابن القاسم : لا يبر بذلك لأنه ضرب عدي على غير الوجه الذي حلف عليه ، بخلاف حلفه على ما سوى ذلك من قضاء دين أو غير ذلك .

واختلف أيضاً إذا حلف ليضربنها فكاتبها ثم ضربها بعد الكتابة ، فقال ابن القاسم في كتاب ابن المواز : يبر بذلك ، وقال اشهبُ لا يبر بذلك مثلُ قول أصبغ وروايته عن ابن القاسم في رسم المدبر والعتق من سماعه بعد هذا ، قال مالك : ولا ينقض كتابتها ولكن يوقف ما يؤدي ، فإن عتقت بالأداءِ تَمَّ فيها الحنث ، وصارت حرة وَأَخَذَتْ كُلَّ ما أدَّت ، وإن عجزت ضربها إن شاء فَبَرَّ ، قال أشهب : ولو كان ضرب لا يجوز له عجل عليه الحنث ، وقال سحنون في المجموعة : فإن ماتَ السيدُ ولم تـؤد الكتابة وله مال يحمل ثلث الأمة عتق فيه وسقط عنها باقي الكتابة ، وكان ما وقف رَدّاً عليها ، وإن كان عليه دين يحيط مضت على الكتابة وكان للغرماء النجومُ فإن وَدَّتْ تَمَّ عتقُهَا وإن عجزت كانت وما اخذ منها في دين سيدها ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال ابنُ نافعٍ لِي في المرأة تَلِدُ ثم تهلك هي وولدُها في ساعة واحدة ، قال : يحلف أبو الصبي أو ورثتُهُ مع شهادة النساء أنَّ الأُمَّ ماتت قبلَه ويستحقون ميراثَهُ ، لأنه مال ، ورواها أصبغُ في كتاب الكراء والأقضية وقال : نظيرُها من قوله شَهَادَتُهُنَّ أنه ذكر أو أنثى يجوزُ أنَّ ذلك جائزٌ ويحلف معهن .

قال محمد بن رشد : أما شهادة النساء في المرأة تلد ثم تهلك هي وولدها في ساعة واحدةٍ على أيهما مات أَوَّلاً بلا اختلافٍ في إجَازَتِهَا على ما قال لأنها شهادةُ على مال لا تتعدى إلى ما سواه .

وأما شهادتُهُن أنه ذكر أو أنثى فلا يجوز على قول ربيعة وسحنون في المدونة : إنَّ شهادة النساء لا تجوز على الإستهلال ولا على قتل الخطإ إلا مع حضور البَدَنِ ، لأنه يُمكن بقاءُ البدن حتى يراه الرجال فيشهدون على أنه ذكر أو أنثى ، وهو قول مطرف عن مالك وأشهب عن مالك أيضاً في كتاب ابن سحنون ، وهو القياس لأنه لا يصير نسباً[٥] قبل أن يصير مالاً على ما قاله ابنُ القاسم في رواية أصبغ عنه في رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب الشهادات وقد مضى هناك الكلام على هذا مستوفى وبالله التوفيق .

ومن كتاب النَّسَمَةِ

قال ابنُ القاسم في رجل تزوج أَمَةً فولدت له غُلاماً فَكَبِرَ الغلامُ ثم مات أبوه فتزوج ابنُهُ هذا حرةً فولدت له ولداً بعد وفاة الجد الحرِ والأب المملوك حيّ .

---

(٥) كذ بالأصل : لأنه لا يصير نسباً . . ؛ والصواب لأنه يصير نسباً بدون لا النافية .

قال ولاؤُه لِموالي أُمه ولا يجُرُّ الجدُّ المتوفى ولاءَ وُلْدِهِ الذين ولدوا بعد موته ، إنما يَجُرّ مَا كان حياً .

قال ولو تُوفي الجدُّ وأمه به حاملٌ جَرَّ وَلَاءَهُ وكان ولاؤُهُ لموالي الجَدِّ إذا حملت به قبل وفات الجد .

قال والأبُ المملوك ها هنا لا يحجُبُ ولا يَجُرُّ وهو بمنزلة الميت والكافر .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن ولدَ العبدِ من الحُرَّة إذا كان جده قد مات قبل ولادتهم وقبل أن يحمل بهم ، لِمَوَالِي أُمهم إن كانت معتقةً ثم لِمَنْ يَجِبُ له ذلك بِسَبَبِهِمْ ، وهم الأقرب فالأقرب من العصبة الرجال ، فإن كانت حُرَّةً لم تعتق فولاؤهم لِمَوالِي أَبيها ، وإن كانت ابنةَ زنـا أو مَنْفِيَةً بلعان أو أمة أو كافرة فولاؤهم لِمَوالي أمها ، فإن أعتق أبوهم لجر الولاءَ إلى مواليه عن موالي الأم ، ولو مات الجد بعد ولادة الأولاد لكان ولاؤُهُمْ لِمَوالِيه ما دام ابنه عبداً فإن أعتق جر ولاء الولد إلى مواليه عن موالي الجد وبالله التوفيق .

من سماع يحيـى بن يحيـى من ابن القاسم من كتاب الكبش

قال يحيـى وسأَلْتُ ابنَ القاسم عن الرجل يقول في كلام واحد نسقا : نصفُ غلامي هذا حُرٌّ ونصفُهُ صدقةٌ على فلان ، أو يقول نصفه صدقة على فلان ونصفه حر .

قال : إن بَدَأَ بالعَتَاقَةِ فهو حُرٌّ كله ، وإن بَدَأَ بالصدقة فالنصفُ عتق والنصف الذي تصدق به يُقَوَّمُ عليه إن كان له مال ، ثم قال لي

أيضاً : بل أراه عتيقاً كله ، وذلك أنَّ مالكاً قال لي في الرجل يتصدق بالعبد ثم يعتقه قبل أنْ يَحُوزَه المتصدَّقُ عليه : إنَّ العتقَ عليه أولى به ، فأرى هذا الذي أعتق نصفاً وتصدق بنصف أنه قد أعتقه قبل أن يحازَ من يديه ، فهو بذلك عتيقٌ كله ، قال : وَأَحَبُّ ذلك إليَّ أن يعتق ، قال أصبغُ : القولُ الآخرُ ليس بشيء وليس بحجة ، إنما يكون حُجَّةً إذا تصدق به ثم لم يعتق إلَّا بعد حين بقدر ما يمكن أنْ يعلمَ المتصدَّق عليه بصدقته فلا يَقُومُ ولا يَحُوزُ حتى يعتق المتصدق فجوز عتقه ، وأما إن تصدق ثم يعتق في مقامه ذلك وفي كلامه ، فهذا مُتْلِفٌ لصدقته نادم راجع فيه وليس ذلك له ، وعليه أنْ يغرم له نصفَ القيمة بمنزلة الشريك .

قال محمد بن رشد : أما إذا بَدَأَ بالصدقة فالقولُ الأول الذي رَجَعَ عنه من أن النصف عتيق ويُقَوَّمُ عليه النصفُ الذي تصدق أولاً هو القياسُ ، وذلك أنه لما تصدق بنصفه أوَّلاً صار المتصدَّقُ عليه شريكاً معه فيه قبل أن يعتق حصته منه ، فوجب أنْ يُقَوَّم عليه كالعبد بين الشريكين يعتق أحدُهُما حظَّهُ منه انه يُقَوَّمُ عليه إنْ كان موسراً .

أما القول الثاني فإنَّمَا يتخرج على القول بأَنَّ الرجلَ إذا أعتق بعضَ عبده يكون حراً كلُّه بالسِّرَايَةِ دون أن يعتق عليه ، وهو خلافُ المشهورِ في المذهب .

ووجهه أَنه لما أعتق نصفَ عبده بعد أن تصدق بالنصف الآخر قبل أن يقبض منه رَاعَى قولَ المخالِف في أن الصدقة باقية على ملك المتصدِّق منه ، فجعلَ العتقَ يسري إليه فَبَطَلَتْ بذلك الصدقَةُ .

والقولُ الأولُ أظهر لأنه هو الذي يأتي على المذهب في أَنَّ الصدقَةَ تَجِبُ بالعقد ، وعلى المشهور فيه من أن من أعتق شَقْصاً من عبده فالباقي منه

باق على ملكه ما لم يعتق عليه ، ولا يكون حُرّاً بعتق ما أعتق منه .

وأما إذا بدأ بالعتاقة فلم يختلِف قولُه في أنه يكون حُرّاً كلُّه وتبطل الصدقة إلاَّ أنه إنما يأتي على قياس القولِ بالسِّرَايَة ، فيلزم على مذهبه في المدونة في أنَّ من أعتق بعضَ عبده لا يكون باقيه حُرّاً بعتق ما أعتق منه حتى يعتق عليه ، وأنه إن لم يعتق عليه حتى وهبه أو تصدق به يُقَوَّم عليه ما وهب منه أو تصدق به أنه يكون عليه للمتصدَّق عليه نصفُ قيمته إذا قال نصفُ عبدي حر ونصفُهُ صدقة على فلان ، وفي المدنية لابن كنانة أن الرجل إذا قال نصف عبدي صدقة على فلان ونصفه حر كان ذلك جائزاً على ما قال ، يـريد ويُقوَّمُ عليه النصفُ الذي تصدق به ، فليسَ قولُهُ بخلافٍ لقول ابن القاسم .

قال ولو بدأ بالعتاقة كان حُرّاً كله ، ولم يكن للمتصدق عليه شيءٌ .

ففي كل واحدةٍ من المسألة قولان ، والتفرقة بينهما قولٌ ثالث ، ويَتَخَرَّجُ في المسألة قولٌ رابع وهو ان تكون التفرقة بينها بالعكس ، فيلزمُهُ قيمةُ النصف الذي تصدق به إن بَدَأَ بالعتاقة ، ولا يلزمه إنْ بدأ بالصدقة وهو الأظهر ، لأن العتق أو الطلاق لا يقع في الصحيح من الأقوال بنفس تمام اللفظ به ، وإنما يقع بعد مُهلة يتقرر فيها ، وذلك بَيِّنٌ من قوله في كتاب الأيمان بالطلاق من المدونة في الذي يقول لامرأته قبلَ الدخول أنتِ طالق ، أنتِ طالق ، أنت طالق في نَسَقٍ واحد أنه يلزمُهُ ثلاثُ تطليقات ، إذ لو كان الطلاقُ يقع عليه بنفس تمامِ اللفظ به لما لزمتْه إلَّا طلقةٌ واحدة لكونها قبل الدخول بائنة ، فإذا قال الرجلُ في نسقٍ واحد نصفُ عبدي حر ، ونصفه صَدَقَة على فلان أو نصفُهُ صدقَةٌ على فلان ونصفُهُ حر صار المتقدمُ في اللفظ متأخراً في المعنى ، والمتأخرُ في اللفظ متقدماً في المعنى ، وهذا بين .

وقوله إن النصفَ يقوم إذا بَدَأَ بالصدقة هو خلافُ ما في سماع زونان من كتاب الصدقات والهبات أنَّ العبد كله يقوم فيكون للمتصدق عليه نصفُ القيمة

وهو ظاهرُ الحديث ووجه القياس وقد مضى الكلام على ذلك هنالك فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألــة

قال يحيـى : وسألتُ ابنَ القاسم عن رجل قال لخصْمٍ له : احلف لي بحرية غلامك فلان لتُوَافِيني دَارَ القاضي يوماً كذا وكذا ، قال ليس الغلامُ لي إنَّما هو لامرأتي ، فقال لي : احلف بحريته وإنْ كان لامرأتك ، فقال الرجل : فلان ـ لذلك الغلام ـ حُرٌّ إن لم أوفك يوماً كذا وكذا ، فحنث ، فقام الغلامُ بحريته ، فادعته المرأةُ وهو لا يُعْرَفُ لها إلَّا بالذي كان من إقرار الـزوج أنَّه لها حين أراد الخصمُ أنْ يحلفه .

فقال : إن كان العبدُ معروفاً للرجل فهو حر ولا حق فيه للمرأة بذلك الاقرار ، قال وان كان معروفاً للمرأة فهو لها ولا حرية للعبد ولا حنث على الرجل فيما لم يكن يملك من رقبة العبد يوم حلف .

قلت : أرأيت قولَ مالك إن كان معروفاً للرجل إذا كان لا يُعْرَفُ إلا في خدمته وعمله وإليه ينسب ، غيرَ أنَّ الذين يَعْرِفُونَهُ لَهَا في يدي الرجل لا يشهدون على أصل الشراء ولا ميراث ولا يعرفون أصلَ ملكه له إلَّا أنهم يعرفونه في خدمته .

فقال قد يستخدم الرجلُ عبيدَ امرأته فإذا كان مجهولَ ملك الأصل لم يُعْرَفْ للرجل ولا للمرأة فهو للمرأة لاقرارِ الزوج بِهِ لها حين أراد الخصمُ أن يحلفه وَلاَ لَكَ عليه حنثٌ وهو للمرأة بذلك الإقرار .

قلت : أرأيتَ لو لم يكن حلفَ فادعته المرأةُ بذلك الإقرار

وقال الرجلُ والله إن كان ذلك مِنّي إلَّا لأدفع اليمين عني ، وما هو إلَّا لِي وهو مجهول ملك للأصل يُعرَفُ في خدمة السيد وينسبُ إليه .

قال تحلف المرأةُ بالله الذي لا إلَه إلَّا هو ويكون القولُ قولَهَا إذا كان العبدُ في خدمته ولم يعرف أصلُهُ لها ولا له .

قال محمد بن رشد : ما نص عليه في هذه الرواية من أنه إذَا لم يُعرف أصلُ الملكِ له وإن كان الظاهِرُ أنه له لنسبته إليه لكونه في يديه واختذامه يُعملُ إقرارُه به لغيره وإن كان سببه الإعْتذَار ويستحقه المقَرُّ له بيمينه إذا ادعاه ملكاً لنفسه قديماً بغير ذلك الإقرار هو دليلُ ما في رسم العشور من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح ، ومفسرٌ لما وقع في سماع أشهب من كتاب الدعوى والصلح ولما في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات ولسائر الروايات .

وأما إذَا عُرِفَ أصلُ الملك له فلا يلزمه الإقرار به لغيره إذا كان سببه الاعتذار ، وسواء على مذهب مالك قال هو لفلان أو قد وهبتُهُ لفلان ، أو قد بِعْتُهُ منه او تصدقتُ به عليه على ما قال في أول سماع أشهب من كتاب الصدقات والهبات ، خلافُ قول اصبغ في تفرقته بين ذلك ، وقد اختلف إذا خُطِبَتْ إِليه ابنتُهُ فقال قد زوجتها فلاناً على ثلاثة أقوال ، قد مضى تحصيلها في رسم النكاح من سماع أصبغ من كتاب النكاح ، وفي رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات والهبات وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسألتُ ابنَ القاسم عن الرجل يقول في مرضِهِ : قد كنتُ أعتقتُ أمتي فلانة وتزوجتُها أتكون بذلك حرة من رأس المال او من الثلث ؟ وكيف إن سمى لها صَداقاً أَيَكُونُ ذلك لها ؟

قال لا حرية لها في رأس مال ولا ثلث ، ولا صداق لها ولا

ميراثَ ، وذلك أن العتاقة لم تَثْبُتْ لها فكيف يجب لها صداق ؟ وهي أَمَةٌ بحالها ، وكيف ترث وهي أمةٌ ليست من الأزواج ؟

قال : وسمعتُ مالكاً يقول في الرجل يقول في مرضِه إنِّي قد كنتُ أعتقتُ فلاناً غلامي وانا صحيح ولا يعرف ذلك إلا بقوله : إنه عبد لا يعتق في رأس مال ولا في ثلث لأنه لم يُرد أَنْ يوصي له بشيء ولا يثبت الذي أَقَرَّ له به في مرضه إلَّا أن يثبته ببينة عدل أَنَّ ذلك كان في الصحة .

قال : وإن أوصى بوصايا لم تدخل تلك الوصايا في العبدِ لِأنه حين أقر له أنه اعتقه في الصحة ثم أوصى بالوصايا فقد أحب أن لا تقع الوصايا فيه ، وكذلك قال مالك .

قلت : فإن بَتّلَ عتقها في مرضه وَثُلُثُهَا واسعٌ مأمون ثم تزوجها وَمَسَّهَا .

قال : أراها حرة ، وأرى لها الصداق في الثلث بمنزلة الاجنبية لو تزوجها في المرض ومسها ، وذلك أنه حين بَتَّلَهَا والثلثُ واسع مأمون جازت شهادتُهَا وَوَارَثَتْ أقاربَهـا وتمت حريتُها وجرت الحدودُ عليها ولها ولم يكن له الرجوعُ في عتاقتها إذَا بتَّلها ولا يؤخر عتقَهَا انتظارُ موته ، لِأنه ثُلثُه واسع مأمون ، ولا ميراثَ لها لأنه لو تزوج أجنبية في مرضه لم ترث فهي بمنزلتها .

قال : وإن بَتّلَ معها غيرَها حتى يُخشى ضيقُ الثلث عليهم أَو كان ثلثُه يُخشى ضيقُهُ عليها حين بتلها وحدها فلا تتم عتاقتُهَا إلَّا بنظرِ السلطانِ وإحصاء المال بعد الموت ، فإن تزوجها في هذه الحالَ كان النكاحُ مفسوخاً ولا صداق لها في ثلث ولا في غيره لأن

النكاح وقع ولا يدري أَمِنْ الاحرارِ يكونُ أَمْ من الاماءِ ، إذ لا يعرف أيسعُهَا الثُلثُ أم يَضِيقُ عنها ، ولا يجوز للرجل أن ينكح أمَتَه .

قال محمد بن رشد : قولُهُ في الأمة التي أقر في مرضه أنه قد كان أعتقها في صحته وتزوجها : إنه لا عتق لها من رأس مال ولا ثلثٍ على ما قاله مالك في الذي يقول في مرضه قد كنتُ أعتقتُ عبدي فلاناً في صحتي ، هو المشهورُ في المذهب المنصوصُ عليه في المدونة وغيرها ، ويدخل الخلافُ في ذلك من مسألة الذي يُقِرُّ في مرضه في أَمَةٍ له أنها قد ولدت منه ولا وَلَدَ معها .

ويتحصل في ذلك إن كان يورثُ ثلاثةُ أقوال: **أحدها** أنه يعتق من رأس المال ، **والثاني** أنه لا يعتق من رأس المال ولا ثلث ، والثالثُ أنه يعتق من الثلث .

وإن كان يورثُ بكلالة قولان **أحدهما** أنه يُعتق من الثلث ، **والثاني** أنه لا يعتق من رأس مال ولا ثلث ، ولا يدخل هذا الاختلاف فيمن أقر في مرضه أنه قد كان تصدق في صحته بكذا وكذا ، والفرق بين الموضعين أَنَّ العتق لا يفتقر إلى حيازة ، والصدقةُ تفتقر إليها ، فلو قامت على ذلك بينةٌ لنفذ العتق وبطلت الصدقة ، فعلى المشهور من الأقوال أنها لا تعتق من رأس مال ولا ثلث لا يكون لها شيء من الصداق ، والذي أَقَرَّ لها به كمال قال ، إذْ لا يجوز للرجل إنْكاحُ(٥م) أمته وأما على القول بأنها تعتق من رأس المال يكون لها ما أقر لها به من الصداق ، لأنه دينٌ أقر لها به كما لو أقر في مرضه أنَّه تزوج فلانة لأجنبية وأصدقها كذا وكذا ، وأما على القول بأنها تعتق من الثلث فيكون لها ما أَقَرَّ لها به من الصداق في الثلث أيضاً ، ولا ميراث لها على حال بإقراره لها في مرضه أنَّها زوجةٌ له .

ولو عُلِمَ إقرارُهُ في صحته بعتقها وأنه تزوجها وأَقر لها في مرضه بأنه كان

(٥ م) كذا بالأصل ، والصوابُ نِكاح بدل إنكاح .

سمى لها من المهر كذا وكذا لكان لها الميراث لكونها في ملكه وتحت حجابه على أحد التأويلين اللذين ذكرنَاهُمَا في مسألة رسم الجواب من سماع عيسى من كتابه الأقضية ، ولكان لها ما أقر لها في مرضه من تسمية صداقها إن كان يورث بولد ولو لم تكن في ملكه وتحت حجابه لما كان لها منه ميراث إلَّا أن يكون قد علم إقْرارُها هي أيضاً بنكاحها إياه مع طول الزمان وَفُشُوّ ذلك في الجيران على اختلاف في ذلك قد مضى القولُ في بيانه في هذا الرسم من هذا السماع من كتاب الشهادات ، وفي رسم الاقضية منه من كتاب النكاح .

وأما قولُهُ إنه لا تدخل في ذلك الوصايا ويكون في ثلث ما بعده ، فهو أمـرٌ لا اختلاف فيه لأنه لما أقَرَّ في مرضه أنه أعتقه في صحته فقد أَراد أن يكون خارجاً من رأس ماله، وأن تكون الوصايا في ثلث ما بعده إلَّا أن يكون له مدبر في الصحة فإنه يدخل في ذلك ، لِأنه مال لم يعلم به إذا مات ، وهو يرى انه غير موروث عنه ، فرجع بالحكم موروثاً عنه لِأنَّ مدبرَ الصحة يدخل فيما علم الميتُ من المال وفيما لم يعلم ، وكذلك إنْ كان التدبيرُ في المرض على القول بأَنَّهُ يدخل أيضاً فيما علم الميت وفيما لم يعلم .

وأما قولُهُ في الذي بتل عتق أمة في مرضه وتزوجها وله مال واسعٌ مأمونٌ أنه يكون بمنزلة من تزوج أجنبيةً في مرضه فهو صحيحٌ على القول بمراعاة المال المأمون ، وقد قيل إنَّهُ لا يعتبر بالمال المأمون ، وهو قولُ بعض الرواة في المدونة وبالله التوفيق .

مسألــة

قال يحيـى : وسألت ابنَ القاسم عن الرجل يعتق نصف عبده وهو صحيح ولا يرفع ذلك إلى السلطان حتى يموت المعتق أيكون حُرّاً كلُّه أم لا ؟

فقال : لا يعتق منه إلَّا ما أعتق السيدُ في صحته ، قال : ومثل

ذلك الرجلُ يُمَثِّلُ بعبده المُثلةَ البينةَ المشهورةَ التي لا يُشك أن الامام يعتق العبدَ على السيد بها فلا يُرْفَعُ إلى الامام حتى يموت السيد انه لا يعتق ، قال : وكلُّ أمرٍ لا يتم عتاقته إلَّا بنظر السلطان فإن مات الذي كان السلطان يُعْتِقُه عليه لم يَجُزْ للسلطان أن يعتقه على الورثة .

ولكن من اشترى مَنْ إذا ملكه عتق عليه فهو حر ساعةَ يملكه ، لا يرفع مثلُ هذا إلى السلطان ، فإن جُهِلَ الأمرُ فاستخدمه المشتري حتى مات فإنه يعتق على الورثة لأنه عتيقٌ ساعةَ ملكه السيدُ ، وقال ألَا تَرَى أنَّ كل ميراث وقع له من يوم اشتراه قريبه الذي يعتق عليه بالسنة فهو لا يمنع من أخذه ولا يحجب عنه وحدودُه تامة وعقله عقلُ حُرٍّ والذي يُعتق سيدُهُ بعضَه وهو صحيحٌ لا يتم له شيءٌ من حالات الأَحرار إلَّا بنظر الإمام وحكمه .

قال : وكذلك الذي يمثل به سيدُه .

قال : وكذلك أيضاً الذي يعتق نصيبَهُ من عبده وهو مِلِيء ولا يُنْظَرُ* في أمره حتى يموت ، فإنه لا يُقَوَّمُ على ورثته ، فحالُهُ حال الذي يعتق سيده بعضَه وهو صحيح ، والذي يمثل به سيده ولا يُنْظَرُ في أمرهم حتى يموت السيد إنّ هؤلاء لا يعتقون على الورثة وإنما يعتق على الورثة الذي إذَا ملكه المشتري أعتق عليه ساعتئذ .

قال محمد بن رشد : قوله في الذي يعتق نصفَ عبده وهو صحيح فلا يحكم عليه بعتق باقيه حتى يموت : إنه لا يُعتقُ منه إلَّا النصفُ الذي أعتق وهو المشهور في المذهب ، وقد قيل إنه يكون حراً كله بعتقه لبعضه لسَرَيَان العتق في جميعه على الإشاعة حكى عبدُ الوهاب القولين في ذلك على المذهب .

وجه القول الأول أن تتميم عتقه عليه ليست فيه سنة وإنما تتم عليه بالقياس على ما جاءت به السنةُ في العبد بين الشريكين يعتق أحدهما حِصَّتَه منه فإذا لم يُعتق عليه نصيبُ شريكه إلاَّ بالحُكم كان ذلك حكم العبد يكون للرجل فيعتق بعضه .

ووجهُ القول الثاني أنه إذا أعتقَ بعضَ عبده فقد سَرَتْ الحرية في جميعه ، وإذا وَجَبَ أن يكون حراً كلُّه بعتق جارحه منه كيده أو رِجله كان أحرى أن يكون حراً كله بعتق نصفه لسريان الحرية في جميعه ، والفرق بين ذلك وبين العبد بَيْنَ الشريكين أن الحريةَ إنما تسري إلى ملكِ المُعْتِقِ لا إلى ملك من سواه، ولأن الرجل إذا أعتق شقصه من العبد قَدْ لا يُقَوَّمُ حظُّ شريكه وإن كان موسراً إذا لم يُرد شريكه أَنْ يقومه عليهِ فأعتق حصتَه منه ، فإذا كان التقويمُ موقوفاً على اختيار الشريك وجب ألا يكون حُرّاً حتى يقومه عليه فأعتق حصتَه منه ، وإذا أعتق الرجلُ بعضَ عبده ولا دين عليه لابد من عتق باقيه ، فالحكمُ في ذلك مبني على التغليب ، ولَمَّا لم يكن للرجل أن ينقض حقَّ نفسه سَرَتْ الحُرية في جميعه .

والشافعي يقول : إذا أعتق حظه من العبد وهو موسر عَتَقَ جميعُه بالسراية ، وهو بعيد ، إذ من حق الشريك أن يعتق نصيبَه منه ولا يقومه عليه .

وأما المعتَقُ بالمثلة فلا يكون إلا بالحكم على المشهور في المذهب ، وقال أشهب وابنُ عبد الحكم : إن المُثْلَةَ إذا كانت مشهورةً بينه كان العبدُ حراً بها دون حكم السلطان ، ووجه ذلك اتباعُ ظاهِر ما روى عن النبي عليه السلام من قوله : من حرق مملوكه بالنار أو مَثَّلَ به فهو حر ولاؤه لله ورسوله[٦] ، ووجه قول ابن القاسم الذي هو المشهور في المذهب ، ما جاء في نص

---

(٦) رواه سمُرة بن جُندب وأبو هريرة بلفظ : مَن مَثَّلَ بِعَبْدِهِ عَتَقَ عَلَيْه ، رواه ابن الأثير في الجامع . ذكره الإمام الشوكاني .

الحديث : من مثل بعبده فأعتقوه ولم يقل فهو حر .

وأما من يعتق على الرجل فلا اختلاف في أنه يكون حراً بنفس المِلك دون حكم .

واستدلاله بالميراث وسائر أحكام الحرية على الفرق بين من يعتق على الرجل وبين من يعتق بعض عبده بقوله : ألا ترى أن الميراث يجب لمن اشتراه من يعتق عليه من يوم اشتراه ، وتكون أحكامُه أحكام حُر مِنْ يَوْمئذ ، والذي أعتق بعض عبده لا يجب له الميراث ولا تكون أحكامه أحكامَ حر حتى يعتق عليه باقيه ليس بصحيح ، لأن ذلك هو نفسُ المسألة ، ولا يُقاسُ الشيءُ على نفسه ، وإنما يقاس على غيره ، فلا يصح أن يذكر ذلك إلَّا على بيان إفتراق حكم المسألتين ، لا على سبيل الاستدلال على الفرق بينهما وبالله التوفيق .

ومن كتاب الصُّبْرَةِ

وسئل عن النصراني يُسْلِمُ وقد كان أعتق أو دَبَّرَ أو كاتب فيريد أن يرجع في ذلك كله ويقول قد كان الرجوعُ لي جائزاً في دِيني .

قال : سمعتُ مالكاً يقول في النصراني يعتق عبده النصراني ثم يسلم فيتعلق به يريد استرقاقه قال : لا أرى أن يُحَال بينهما . قال ابن القاسم : وأنا أرى المُدَبَّر والمكاتب بمنزلة ذلك لا أرى أن يمنع رد وَاحِد منهما في الرق وفسخ ما كان جعل له إنْ أحب ذلك ما كانا على دينهما .

قال محمد بن رشد : قول ابن القاسم ما كانا على دينهما معناه أنه لا يمنع بعد الإسلام من رد الكتابة والتدبير الذي أوجبه له ما كانا على دينهما ، فليس قوله بخلافٍ لقول ملـك ، والأصل في ذلك قول الله عز وجل : ﴿قُلْ

لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ ﴾(٧) فلا يلزم الكافر إذا أسلم الوفاءُ بما نَذَرَ ولا بما عقده على نفسه من العقود لله إذْ كان لا يعرف اللّه ولا يؤمن به فلا يتوجه إليه في ذلك الحال خطاب الله تعالى بقوله : **﴿ يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾**(٨) وما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه سأل رسولَ الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إني نَذَرتُ في الجاهلية أن أعتكف في المسجد الحرام ، فقال فِ(٩) بِنَذْرِكَ معناه أنه أمره أن يفي لله عز وجل بطاعة يطيعه بها في الإسلام مكانَ النذر الذي لم يمكن منه طاعة حتى يعمل حسنة مكان النذر الذي لَوْ عَمِلَه في حال شركه لم يكن كذلك لأن فِ لا تستعمل إلا فيما ليس بواجب ، وإنما تستعمل في الواجب أَوْ فِ ، وإن كان قد جاء في بعض الآثار أوف فمعناه ما ذكرناه ، إذ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إنما النذر ما ابْتُغِيَ به وجه الله عزوجل(١٠) » ، وقد علمنا أن المُشْرِك لم يرد بنذره ولا بعتقه وجه الله عز وجل ، وهذا إذا كان لما أعتقه لم يخل سبيله ولا خرج عن يده ، وأما إن كان لما أعتقه خلى سبيله وأطلقه ثم أراد أن يرجع في عتقه بعد أن أسلم فلا يكون ذلك له على ما في كتاب الجنايات من المدونة ، ويكون ذلك على ما يأتي في رسم يشتري الدور والمزارع بعد هذا وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن الرجل يقول أَحَدُ عبيدي حُرٌّ فيقوم به عبيده إن له أن يعتق أيهم أحب ، ولورثته إن مات قبل أن ينفذ العتق لأحدهم مما

(٧) الآية ٣٨ من سورة الأنفال .

(٨) الآية ١ من سورة المائدة .

(٩) أمر من وَفَى يَفِي ويقال أوفى يُوفِي ضد غدر .

(١٠) رواه أحمد وأبو داود والبيهقي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال في مجمع الزوائد : فيه عبد الله بن نافع المدني وهو ضعيف ، وقد أخرجه أبو داود عن غيره .

كان للميت ، فإن نظر في أمره وقد مات العبيد كلهم إلا واحداً كان عتيقاً ولم يجب له أن يجعل العتاقة لمن قد مات ويلزم الورثةَ مثلُ ذلك .

قال محمد بن رشد : قد مضت هذه المسألة والكلامُ عليها مستوفى في رسم باع شاة من سماع عيسى فلا معنى لإعادته .

مسألــة

وسئل عن الرجل يقول لأمته إيتِني بمائة دينارٍ وأنتِ حُرَّة فَتَلِدُ قبلَ أن تأتي بالمائة ثم تأتي بها أيُعتقُ ولدُها بعتقها ؟

قال لا أرى ذلـك إلا لها خاصة لا يدخل الولد في شيء من هذا .

قلت : أيجوز لسيدها أن يرجع فيما جعل لها من العتق بغرم المائة ؟ قال : لا .

قلت : أفيجوز له بيعها ؟ قال : لا حتى يتلوم لها السلطانُ ، فإن جاءت بالمائة دينار وإلا أمكنه من بيعها أو بطول الزمان وهي تاركة لغرم المائة لا تعتق بذلك فإن باعها بعد طول الزمان جاز بيعه إياها .

قلت : فإذْ لا يجوز لسيدها أن يرجع فيما جعل لها ، ولا يجوز له بيعُها إلا بما ذكرتَ من تلوم السلطان أو بعد طول زمان ، فما الذي أخرج الولَدَ عَمَّا عَقَدَ لَهَا قبل أن تحمل به ؟

قال : لأن الذي عَقَدَ لها ليست كتابة ولا عتاقة إلى أجل فيجري من ذلك للولد ما جرى للأم ، أَلَا ترى أنه لو مات ولم يأت

بشيء لم يكن على ورثته أن يعتقوها وإن جاءت بالمائة الدينار إلا أن يرضوا إذا لم يُوص لها بذلك ولم ينفعها ما قال لها في صحته ، قال : ومثلُ ذلك عندي الأمةُ تَجْرَحُ الرجلَ فلا يقوم المجروحُ بأخذ عقله حتى تَلِدَ فإن سيدها إن أسلمها لم يكن عليه أن يُسلِمَ ولدَها معها وقد كانت مرهونة بما وجب عليها من عقل ما جنت .

قال محمد بن رشد : قولُ الرجل لعبده أو لأمته إيتني بكذا وكذا وأنتِ حرة ، أو متى ما جئتني أو إن جئتني أو إذا جئتني سواء كله عند ابن القاسم، وسواء عنده أيضاً سمى لذلك أجلا أو لم يُسَمِّهِ ، لأنه إن لم يسم لذلك أجلا كان ذلك إلى القدر الذي يؤدي إليه مثلُ ذلك العدد الذي سمى ذلك العبد أو تلك الأمة على ما يظهر من قدرتها على السِّعَاية فيه باجتهاد السلطان في ذلك كله .

فقوله في هذه الرواية إن وُلْدَها لا يدخلون معها فيما جعل لها سيدها من هذا خلاف نص قوله في المدونة إنهم يدخلون معها ، فعلى قوله فيها يلزم ورثة السيد إذا مات ما لزمه هو من ذلك على حكم الكتابة ، وقوله فيها إن ذلك لا يلزم ورثتَه إنْ مات خلافُ نص ما في سماع عبد الملك بعد هذا من هذا الكتاب ، وخلافُ ما تقدم في رسم إن خرجت من سماع عيسى في الذي يدفع إلى عبده مائة شاة ويقول له إعمل عليها فإذا بلغت كذا وكذا فأنت حر ، فعلى ما في سماع عبد الملك وما تقدم في سماع عيسى من أن ذلك يلزم الورثة يدخل الأولاد معها على حكم الكتابة مثل ما في المدونة ، لأن بعضَ ذلك يُفَسِّرُ بعضاً ، وروايةُ يحيى هذه هي المخالفة لذلك كله في أن الوُلْدَ لا يدخلون معها ، وفي أن ورثة السيد لا يلزمهم ما لزمه هو ، وإنما وقع الخلاف في هذا بين هذه الرواية وبين سائر الروايات التي ذكرناها من المدونة وغيرها من أجل أنه ليس في شيء منها قبولُ الأمة لذلك ورضاها به والتزامها له ، ولو رضيت بذلك وقبلته والتزمته لما اختلف في أنها كتابة على حكم الكتابة يدخل

وُلْدُها فيها ، ويلزم ورثة السيد ما لزمه هو ، لأن الكتابة عقد من العقود بين العبد وسيده ، فلا تتم إلا برضاهما جميعاً على القول بأن السيد لا يجبر عبده على الكتابة ، فالاختلافُ الذي بين هذه الرواية وبين سائر الروايات في دخول الولد معها وفي لزوم ورثة سيدها ما لزمه راجعٌ إلى هذا الاختلاف ، فلم يَرَ ابنُ القاسم في هذه الرواية قول الرجل لأمته إيتني بكذا وكذا وأنت حرة كتابةً ، إذْ لم يعقد ذلك معها ولا التزمه لها ، وذلك من قوله هذا على القول بأن السيد لا يَجْبُرُ عبدَه على الكتابة فألزمه هو ما التزمه لها من عتقها إذَا أَتَتْهُ بالمائة ، ولم ير لولدها في ذلك دخولاً ولا رأى ذلك لازماً للورثة إذْ ليست بكتابة ولا عتقاً مؤجلاً إذ قد يكون إن جاءت بالمائة ، ولا يكون إن لم تأت بها ، فأشبه قولَ الرجل لعبده إن جاء فلانٌ فأنت حر في أن الولد لا يدخل في ذلك ، وأن ذلك إنما يكون لها مع حياة سيدها ، ورأى ذلك ابنُ القاسم في المدونة وفي سماع عيسى وعبد الملك كتابةً وإن لم يكن منها في ذلك قبول ولا التزام على قياس القول بأن الرجل يجبر عبده على الكتابة ، فهذا وجه القول عندي في هذه الرواية ، وقال ابنُ الماجشون في الواضحة : إذا لم يقبل العبد ذلك ولا ألزمه لم يلزم السيدَ أيضاً ، وكان له أن يبيعه ، فقول الرجل لعبده على مذهبه إن جئتني بكذا وكذا إلى أجل كذا وكذا إذا لم يقبل العبدُ بمنزلة قول الرجل لعبده إن قدم فلانٌ في هذه السنة فأنت حُرٌّ في جميع الوجوهِ .

وهذا الذي ذكرته من أنه لا فرق عند ابن القاسم بين أن يسمى أجلا أو لا يسميه ، ولا بين قوله إيتني بكذا وكذا أو إن جئتني وإذا جئتني أو متى ما جئتني بَين من قوله في المدونة من رواية عيسى عنه .

وفرَّق المغيرة بين قوله إن جئتني بكذا أو إذا جئتني بكذا فقال : إنه إذا قال إن جئتني يلزمه ذلك هو وورثُته بعده ، فليس له ولا لهم أن يبيعوه ما لم يطل الأمر جداً ، وإن قال إذا جئتني أو متى ما جئتني لم يكن ذلك للعبد بعد موت السيد ، وكان له ذلك في حياته وإن طال الزمانُ جداً ما كان في ملكه ولم يبعه ، هذا معنى قوله .

وساوى ابن كنانة بين أن يقول إن جئتني بكذا وكذا فأنت حر وأنا أعتقك وفرق بين أن يسمي لذلك أجلاً أو لا يسميه ، فقال إنه إن لم يسم أجلاً يُتَلَوَّمُ له في ذلك على ما ذكرناه من مذهبه ، وفرق بين أن يقول فأنت حر أَوْ فأنا أعتقك ، فقال : إنه إذا قال فأنا أعتقك فأتى بما سمي له من المال لا يلزمه عتقُه إذا قال لم أُرِدْ إيجاب ذلك على نفسي ، ويحلف ما أراد إيجاب ذلك على نفسه ، وإنما أراد أن يفعل ذلك إن شاء ، وقول ابن القاسم هو الفقه بعينه وبالله التوفيق .

مسألــة

وسألته عن الرجل يُعتق حَظّاً له في عبد ثم أعتق آخر لا شَركَـةَ له فيه ولا مال له غيره ، أيمضي عتقُ الآخِر ولا يعتق عليه من الأول نصيبه منه ؟ أم يبطل عتقُ الاخر ويقوم عليه الأول ؟

فقال : بل يمضي عتقُ الآخر ولا يقوم عليه الأول إذ لا مال له إلا العبد الذي أنفذ عتقه قبل أن يُقَومَ عليه الأول ، وذلك أن القيمة لم تكن عليه كالدين الثابت ، ألا ترى أنه لو كان ذا مال يوم أعتق نصيبَه من الأول ثم داين الناس فقاموا يطلبونه بأموالهم التي داينهم بها بعد عتقه نصيبَه من العبد وقام العبد يطلب أنْ يقوم عليه كان الغرماءُ أَحَقَّ بماله ولو لم يقوم عليه العبدُ الذي أعتقَ بعضَه ، وإنما ينبغي للسلطان أَنْ يُقَوِّمَ عليه فيه فيما يجد له من مال يوم يرجع إليه أمره .

قلت له : أرأيت إن أحْدثَ بعد عتق نصيبه من العبد صدقاتٍ وهباتٍ أتُجِيزُها ؟

قال : نعم ذلك عندي ماض عليه جائزٌ لمن كان ذلك منه إليه .

قلت له : وإن كاتب عبداً ؟

قال : تمضي الكتابة ويباع ما على المكاتب بما يجوز له بيع ما عليه ، ثم يُقَوَّمَ على المعتِق من حصة شريكه في العبد بقدر ما يبلغ ما يباع به كتابة المكاتبة ، فإن كان ذلك ما يعتق به جميعُه قوم عليه فيه وأعتق ولا ترد الكتابة .

قلت له : فإن أحدثَ تدبيراً ؟ قال أرى أنْ يُرَدَّ التدبيرُ فيباع العبدُ الذي دبر ويقوم عليه الأول في ثمن المدبر إلا أن يكون في ثمن المدبر فضلٌ عن استِتْمَامِ عتقِ الأول فلا يباع منه إلا بقدر ما يعتق به الأول .

قلت : لِمَ أجزت الصدقاتِ والهباتِ ولم تردها حتى يقوم عليه نصيب شريكه من العبد في ماله الذي أحدث فيه الصدقات والهبات ورددت التدبير ، والتدبيرُ كان أحقَّ بأن يجوز له من الصدقة .

قال محمد بن رشد :قوله في الذي أعتق حظا له في عبد ثم أعتق بعد ذلك عبداً لا مال له سواه أو تداين ديوناً قبلَ أن يُقَوم عليه العبدُ تستغرق ماله : إنَّ العتق ينفذ عليه في عبده ، ويكون الغرماءُ أَحَقَّ بماله ولا يقوم عليه العبدُ الذي أعتق حَظَّه إذا لم تكن القيمة عليه كالدين الثابت صحيحٌ لا اختلاف أحفظه في المذهب في أنَّ مِلْكَ الشريك باق على حصته من العبد حتى يُقَوَّمَ على الذي أعتق نصيبَه منه ويعتق عليه ، ويأتي على ما ذكرناه في الرسم الذي قبل هذا عن الشافعي أنه يعتق عليه حظُّ شريكه بالسِّرَايَةِ أن يكون التقويمُ أحق من ديون الغرماء الحادثة بعد عتقه لنصيبه ، وأحق من عتقه للعبد الذي أعتقه بعد ذلك ، وهو بعيد على ما ذكرناه ، إذْ لا يَسْرِي ما أعتق من ملكه إلى ملك شريكه .

وقال في الرواية إنه إذا أحدثَ بعد عتقه لنصيبه صدقات وهبات وتدبيراً إنَّ الصدقاتِ والهباتِ تنفذ ويكون أَحَقَّ من التقويم ، وإن التدبير يرد فيكون التقويم أحق ، ولما سأله عن الفرق بين التدبير والصدقات والهبات واعترض عليه بأن الصدقات والهباتِ أحقُّ أن يرد من التدبير سكت له عن الجواب في ذلك ، والجواب في ذلك أن التدبير أحق أن يرد من الصدقات والهبات ، إذ قد اختلف في التدبير فقيل إنه غير لازم وأن لسيده أن يبيعه ، وأن للإمام أن يبيعه عليه في الدَّيْن الحادثِ بعد التدبير ، ومالك يرى أنه يباع بعد الموت في الدَّيْنِ الحادث فقد لا يحصل له في التدبير عتق ، والصدقاتُ والهباتُ لا اختلاف بين أحد من أهل العلم في وجوبها للموهوب له وللمتصدَّق عليه إذْ قَبَضَاهَا وحَازَاهَا على الواهِب والمتصدق ، وهو الذي أراد ابن القاسم والله أعلم ، وأما إذا لم يَحُزْها الموهوبُ له والمتصدق عليه عن الواهب والمتصدق فالذي يوجبه النظرُ في ذلك عندي على المذهب أن يتحاصا جميعاً ، لأن الشريكَ والعبدَ يطلب التقويم ، والموهوبَ له أو المتصدق عليه يطلب هبته أو صدقته ، وليس أحدُهما بأحق بالقضاء له من صاحبه ، وقد رأيت لابن دحون أنه قال : إذا قيم عليه بالتقويم قبل أن يُحَازَ عنه الصدقة والهبة والعطية فهي مردودة حتى يعتق منها باقي العبد ويمضي ما بقي ، ولقوله وجه وهو مراعاة قول من يقول من أهل العلم : إن للواهب والمتصدق أن يرجع في هبته وصدقته ما لم يقبض منه ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن رجل جعل على نَفْسِهِ رقبَةً من ولد اسماعيل .

قال مالك : لِيُعتق رقبةً ، قيل له : أتجزيه رقبة من الزنج ؟ قال : ليعتق رقبةً أقرب إلى ولد اسماعيل .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن للشرف في النسب مزيةً

توجب التنافُسَ في العبيد من أجلها والزيادة في ثمنها ، والأجرُ على قدر ذلك لما جاء من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل أي الرقاب أفضل ؟ فقال : أعلاها ثمناً وأنفسُها عند أهلها ، فوجب أنْ يجري ذلك فيما نَذَرَ ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل ابن القاسم عن العبد ينكح الحُرَّةَ وأبو العبد حُرٌّ فيولد للعبد من الحرة ، أيَجُرُّ الجَدُّ وَلَاءَ ابني إبنه من الحرة ؟

قال : نعم ، وهو قول مالك ، قيل له أرأيت ما وُلِدَ للعبد من الحرة وقد مات الجدُّ أيكون ولاؤُهم لموالي الجد كما كان يجر ذلك إليهم الجد في حياته ؟ قال : لا ، قيل فهل يَجُرُّ الجدُّ ولاءَ مَنْ وُلِدَ لابنه العبدِ من الحرة قبل أن يعتق الجد إذا عتق الجدُّ ؟ قال : نعم ، قيل له : فَلِمَ لا يجر الجدُّ ولاءَ مَنْ وُلد بعد موته كما جر اليهم الجد حين أعتق وَلَاءَ مَنْ كان وُلِدَ لابنه قبل أن يعتق ؟ قال : إنما مثل الذين ولدوا بعد موت الجد بمنزلة ما لو أنَّ العبدَ لم يُولد له من امرأته الحرة ولد حتى مات أبوه الحر ثم وُلِدَ له بعد ذلك أولادٌ فإنَّ ولاءَهم لا يكون لموالي الجد ، ولا ينتقل عن موالي الأُمّ ، فإذا لم يَجُرَّ مَوَالِي الجَدِّ وَلَاءَ ما وُلد لابنه إذَا لم يُولد منهم أَحَدٌ في حياة الجد فكذلك إذَا ولد بعضُهم في حياته وبعضُهم بعد موته لا يكون لهم إلَّا وَلَاءُ الذين ولدوا في حياة الجد الذين كانوا ثَبَتت مواريثهم بينهم وبين الجد .

قال محمد بن رشد : قد تقدمت هذه المسألة في رسم النسمة من سماع عيسى ومضى الكلام عليها هُنَالِكَ ، وهي بينة صحيحة .

وأمَّا الحجةُ التي احتج بها إذ قال إنما مثل الذين وُلدوا بعد موت الجد بمنزلة ما لو أنَّ العبدَ لم يولد له الى آخر قوله ، فهي ضعيفة ، لأنَّ السؤال إنما هو فيمن ولد لابنه العبدِ بعد موته هل يَجُرُّ ولاءهم إِلَى مولاه أَمْ لاَ ، فلا فرق فيهم بين أن يكون لابنه العبد وَلَدٌ سواهم قد وُلِدُوا في حياته أم لا فالجد يجر الى مواليه عن موالي الأُم ولاءَ وُلْدِ ابنه العبدِ كان قد أعتق قبل أن يولدوا أو بعد أن ولِدوا ، فإن عتق أبوهم بعد ذلك جَرَّ الولاءَ عن موالي الجد إلى مواليه الذين أعتقوه ، والمعنى في هذا أنَّ الجد لما كان وارث ابنه العبد لو مات من أجل أن العبد لا يرث كان مولاه الذي أعتقه هو وارثَه إذا مات ، ولما لم يكن الجد وارثَ ابنِه العبد لو مات إذاكان هو قد مات قَبْلَه لم يكن مولاه الذي أعتقه هو وارثَه ، لأن مولى الجد إنما يرث بالولاء من كان يرثه الجد لو كان حياً ، وهذا بين وبالله التوفيق .

ومن كتاب الصلاة

قال : وسمعته يقول في العبد يكون بين الرجلين يعتق أحدُهما حظَّه فلا يجد له السلطان شيئاً يُقَوِّمُه عليه فيعْتق نصفه ويرق النصف للشريك : إنَّ مـاله يوقف بيده ولا يجوز استثناؤُه للمعتق ولا أخذه للمتمسك بالرق ، ولكنه يوقف بين العبد .

قيلَ له : فإن جَرَّ جَرِيرَةً تكون في رقبته ؟ قال : يكون عليه غرم نصف قيمة الجَرِيرَةِ ويُخَيَّرُ المتمسك بالرق في نصفه ، فإن شاء أَسْلَمَ نصيبَه فيه إلى المجنى عليه ، وإن شاء افتداه ، قيل له فإن جرح العبد ممن عقل جرحه ؟ قال : يقتسمان ذلك للعبد نصفه وللمتمسك بالرق نصفه ، قيل له أيدفع إلى السيد نصفه ؟ قال : نعم .

قيلَ له : فإن جَرَّ جَرِيرَةً تكون في رقبته ؟ قال : يكون عليه غرم نصف قيمة الجريرة ويخير المتمسك بالرق في نصفه ، فإن شاء أَسْلَمَ نصيبَه فيه إلى المجنى عليه ، وإن شاء افتداه ، قيل له فإن جرح العبد ممن عقل جرحه ؟ قال : يقتسمان ذلك للعبد نصفه وللمتمسك بالرق نصفه ، قيل له أيدفع إلى السيد نصفه ؟ قال : نعم.

قلت : وإلى العبد نصفُه يَصْنَعُ به ما أحب ؟ قال : بل هو مال من ماله يُوقَفُ مع ماله الأول ويسوع للسيد تعجيلُ أخذِ نصيبه ، قيل له أرأيت إن وُلِدَ له من أمته فاعتق السيدُ نصيبَه من أبيه ؟ فقال : ابنُه بمنزلته ، فإن أعتق السيدُ حظَّه من ابنه فهو عتيق كله ، قيل : فمات الابنُ عن مال فمن يرثه وأبوه لم يعتق بعد ؟ قال : يورث بالولاء للمعتِق الأوَّلِ نصفُ الميراث وللشريك نصفُه ، قيل له : فان تزوج حُرَّةً ووُلِدَ له فمات الابنُ عن مال ؟ قال : ميراثُه لأمه ومواليه لأنه لم يعتق فيجر ولاء أبيه ، قيل له : فإن أَعتقَ المعتِق نصفَ عبدٍ له بإذن المتمسك بالرق فمات عن مال قبل أن يعتق سيدُه الذي أعتقه ؟ قال : ميراثُه للذي تمسك بالرق خالصاً إذْ لم يجز له أن يرثه من أجل أن العبدَ لا يرث الحر والمتمسك بالرق أحب بميراث مواليه من الشريك المعتق الأول ، وقد قال ابن القاسم في سماع عيسى من كتاب العرية : إن وَلَاءَ ما أعتق هذا العبدُ الذي نصفُه حر بَيْنَ الذي له فيه الرق وبين الذي أعتق النصف ما كان هذا الذي نصفُه حر فيه الرق ، وإن مات العبد وفيه الرق فهو بينهما أيضاً ، فإن عتق العبد الذي نصفه حر يوماً مَا رجع اليه ولاءُ ما أعتق لأنه ممن لا يجوز للذي فيه الرق انتزاعُ ماله ، فكل ما لا يجوز لسيده انتزاعُ ماله فما أعتق بإذنه فَوَلَاؤُهُ يرجع اليه إذا اعتق ، وكذلك المعتق الى سنين إذا دَنَا أيضاً انقضاءُ أجلِ سنيه أو المدبرُ أو أُمُّ الولد إذا مرض سيدهما فما

أعتق هؤلاء بإذن ساداتهم أو بغير إذنهم فأَجَازُوا ذلك لهم أو لم يعلموا به حتى عتقوا فولاءُ ما أعتقوهُ يرجع إليهم في حال لا يجوز لساداتهم أخذ أموالهم .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة تشتمل على سبع مسائل بعضها متفقٌ عليها ، وبعضُها مختلف فيها ، وهي حكم ما للعبد المعتَق بعضُه وجنايته ، والجناية عليه ، وميراث ولده من أمته قبل أن يعتق الشريك فيه حظه ، وبعدَ أن أعتقَ حظَّهُ منه ، وميراثُ ولده من حرة ، وميراث ما أعتقَ بإذن الذي له فيه الرق .

فأما مـالهُ فلا اختلاف في أَنَّ الحُكْمَ فيه أَنْ يُقَرَّ بيده للشريك الذي له في نفسه بِتَحْرِيَةِ التجارة المأمونة ، وليس له أن يهبه ولا يتصدق به ، فإن عتق باقيه تَبِعَه مـالُه ، وليس لسيده أن يستثنيه إذْ لم يكن له أن ينتزعه ، فكذلك الشريكُ الذي أعتقَ نصفه أوَّلاً ليس له أن يستثني مـالَه كما قال في الرواية ، من أجل أن العبدَ بين الشريكين ليس لأحدِهما أنْ يأخذ حظه منه دون إذن شريكه .

وأما جنايتُه فنصفُها عليه في ماله وذمته يُتبع بها إن لم يكن له مال ، ونصفُها على الذي له نصفُه إن شاء افتداه وإن شاء أسلمه كما قال ، ومثله في المدونة ، ولا اختلاف أحفظه في ذلك .

وأما الجنايةُ عليه فهي بينهما على ما قاله في الرواية ، وهو أحدُ قولي مالك في المدونة ، قال فيها : وقد كان لمالك قولٌ إذا جُرِحَ إنَّ جرحه للسيد ، ثم رجع فقال : هو بينهما ، ولكلا القولين وجه ، **فوجه القول الأول** أنه لما كان ميراثُه الذي له فيه الرق من أجل أنَّ الحريةَ تبعٌ للرق كانت الجناية عليه ، **ووجه القول الثاني** أنه شريك في نفسه ، فوجب أن تكون الجنايةُ بينهما كالعبد بين الشريكين يُجْنَى عليه ، وهو الأظهر ، لأنَّ ما نقص من رقبته بالجناية ليس للذي له فيه الرق إلا بعضُه ، فليس له أن يأخذه كله ، والميراثُ بخلاف ذلك إذْ لَا يُورَثُ بِالحُرِّيَةِ إلَّا من يرثُ بها .

وأما ميراث ولده من أمته ، فولدُه من أمَتِه بمنزلته ، نصفُه حر بعتاقة الشريك لنصف أبيه ، ونصفُه مملوك للذي يملك النصفَ الآخر من أبيه ، فإن مات ونصفُه مملوك قبل أن يعتق الشريكُ نصفَه فيه كان ميراثُه له ولا اختلاف في هذا .

وأما إن مات وهو حر كلُّه بعد أن أعتق الشريك حظه فيه فقال في الرواية إنه يورث بالولاء ، للمعتِق الأول نصفُ الميراث ، وللشريك نصفُه ، وفي هذا نظر لأنَّ أباه لم تَكْمُلْ حريتُه فلا يَجُرُّ ولاءَ ابنه إلى مولاه على أصله في هذه الرواية عنه في ميراث ولده من الحرة ، وفي ميراث العبد الذي أعتقه بإذن الذي له فيه الرق ، لأنه قال : ولده من الحرة لأمه ومواليه ، كذا وقع في الرواية ، وهو غَلَطٌ وصوابُه لأُمِهِ ومواليها ، وإنما قال لأمه ومواليها لأن موالي أمه هم مواليه إذا كان أبوه عبداً ، فلم يَجْعَلَ نصفَ ما بقي من ماله بعد ميراث أمه للذي أعتق نصفَ أبيه كما جعل نصف ماله في ولده من أمته إذا اعتق الشريكُ حظَّه منها للذي أعتق نصف أبيه ، فالمسألتان متعارضتان والذي يأتي في ميراث ولده من أمته إذا كَمُلتْ حريتهُ بعتق الشريك لنصيبه فيه على قياس قوله في ولده من الحرة أن يكون نصف ميراثه للشريك الذي أعتق نصفه والنصفُ الثاني لجماعة المسلمين ، ويأتي في ميراث ولده من الحرة على قياس قوله في ولده من أمته إذَا كملت حريتُه بعتق الشريك لنصيبه فيه أَنْ يكونَ نصفُ ما بقي من ماله بعد ميراث أمه للذي أعتقَ نصفَ أبيه ، والباقي لموالي أمه ، لأن مولى الأب أحقُّ بالميراث من مولى الأُم إذا قلنا إنَّه يَجُرُّ الى أبيه ولاءَ ما أعتق منه قبل أن تكمل حريتُه ، فالاختلافُ في رواية يحيى من قولِ ابنِ القاسم في هاتين المسألتين على ما بيناه من تعارض قولِه فيهما ووجوب رَدِّ كل واحد منهما إلَى صاحبتِها على اختلاف الروايتين عنه : روايةِ يحيى هذه ، وروايةِ عيسى في رسم العرية في مسألةِ العبدِ المعتَقِ نصفُه يَعْتِقُ عبداً له بإذْنِ الذي له فيه الرق فيموت عن مال ، لأن النكتة في

المسألة إنما هي هل يَجُرُّ العبدُ إذا أعتق بعضُه إلى مولاه مِنْ وَلاءِ ولده بقدر ما عتق منه أَمْ لا يجرُّه اليه على ما بيناه من اختلاف قولِ ابن القاسم ، لتعارض قوله في ذلك ، فعلى قياس القولِ بأنه يجرُّه اليه يكون ميراثُ ما أعتق باذن الذي له فيه الرق بَيْنَ الذي فيه الرق وبين الذي أعتقَ النصفَ على ما قاله ابن القاسم في رواية عيسى ، وعلى القول بأنه لا يجره اليه يكون جميع ميراثه للذي تمسك بالرق خالصاً على ما قاله في رواية يحيى هذه .

فقد أتى القولُ بتكلمنا في هذه المسألة على سائر السبع المسائل ، وقد مضى في رسم سن من سماع ابنِ القاسم التكلمُ على ولاء ما أعتقَ العبدُ أو مَنْ فيه عَقْدُ عتق من مكاتب أو مدبر بإذن سيده أو بغير إذنه وبالله التوفيق .

مسألــة

قال وسألته عن الرجل يُعتق نصيبَه من عبدٍ بينه وبين شريكه وهو مُعْدِمٌ لا مال له ، فيقول الشريك : أعتقوه عليه كله بالقيمة وأنا أرضى أتبعه بِه دَيْناً عليه ، فقال المعتق لَا أفعل ولا أرضى أن أُتَّبَع بشيء يكون عَلَيَّ ديناً ، وما أعتقتُ نصيبي إلَّا للذي علمتُ أنَّهُ لا يعتق عليَّ غيرُه لِعُدْمِي ، وما أردتُ أن أُتَّبَع بشيء من الدين أيلزم عِتْقُه كله أم لا ؟

قال : لا يلزم عتقُه كله ، ولا يتبع بشيء ، وتلك السنة .

قال محمد بن رشد : وقعت هذه المسألة في بعض الروايات في أثناء المسألة المُتَقَدمة بعد قوله فيها : ويسوغ للسيد تعجيل أَخْذِ نصيبه ، فكتبتُها بعدها لاتصال بعضها ببعض ، وقد حكى ابنُ أبي زيد عن ابن المواز أنَّه يقوم عليه وان كان عديماً ، ويتبع بالقيمة ويعتق العبد ، وقولُ ابنِ المواز هو القياسُ على ظاهر الحديث أنَّ العبدَ كلَّه يقوم عليه فيلزم المعتق نصف ذلك ، وهو المشهور في المذهب ، لأن المعنى في ذلك أنه قد أدخل فساداً على

شريكه بعتقه لحصته ، إذ ينقص ذلك من قيمته ، وأمَّا قولُ ابن القاسم إنه لا يقوم عليه إذا كان عديماً إلاَّ برضاه فيأتي على قياس القول بأن المعتِق لِحصته من العبد لم يتعد على شريكه بما صنع ، فلا يلزمه إلاَّ نصفُ قيمته على أنَّ نصفَه حر ، وهو ظاهر ما مضى في أول سماع يحيى من هذا الكتاب ، ودليلُ ما في كتاب جنايات العبد من المدونة من قول ابن القاسم وقول غيره في كتاب أمهات الأَوْلَادِ ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال في رجل سأل رجلاً أن يبيعه عبدَه ، فقال : هو حُرٌّ إنْ بعتكه وقال الآخر : امرأتي طالقٌ إن لم أشترِه منك ، ثم باعه منه : إن العبد يعتق وتطلق إمرأة الحالِف لَيَشْرينه ، قال وذلك لأن البيعَ وقع والحنث معاً ، فيعتقُ العبد بذلك ، ونظر في اشتراء الحالف بالطلاق فلما رأى أنَّ اشتراءه لم يتم له اذا عتق العبدُ وجب عليه الحنث لأن اشتراءه لم يكن بعدُ اشتراءً إذْ لا يثبت عليه ولا يتمسك به وهو ينقض عليه على صغَارٍ منه ، فأما إذا كان البيعُ هكذا فالحنثُ لازم له لأنه لا سبيل لَهُ إلَى اشترائه أبداً إذا أُعتق .

قال محمد بن رشد : قد قيل في الحالف بحرية عبده أَنْ لا يبيعه إنه لا شيء عليه إن باعه ، قاله عبدُ العزيز بنُ أبي سلمة ، وهو القياس لأنه إن انعقَد البيعُ فيه صار معتقاً لما في ملك المشتري ، وإن لم ينعقد فيه لم يلزمه شيء ، فعلى هذا القولِ لا يكونُ على واحدٍ منهما في هذه المسألة شيءٌ لأنَّ الشراء يصح للمشتري ، ووجه القول بأنه يعتق على البائع وإن لم يتم فيه البيع لِوُجوب عتقه به ، هو أن الحنث يدخل بأقل الوجوه ، كمن حلف أنْ لا يبيع عبدَه فباعه بيعاً فاسداً أنه يحنث به وإن نقض البيع فيه ورد عليه ، وَلِمَا وقع البيع والعتقُ معاً قال سحنون إنَّ المالَ يبقى للبائع ولا يكون تبعاً للعبد

كالعتق ، وفي قوله نظر ، لأن الذي يتناول على المذهب أَنَّ العتق وقع بأول البيع قبل تمامه ، إذْ لو تم البيع فيه لما لزم العتق ، وإذا وقع العتقُ قبل تمام البيع وجب أَنْ يكون المال تبعاً للعبد ، ووجه قوله أنه لما قصد إلى عتقه بالبيع ، وحكمُ البيع أَنْ يبقى المالُ فيه للبائع صار كأنَّه قد استثناه ، وذلك بين من ارادته ، لأنه قال إنَّ المال يكون للبائـع لأنَّ البيعَ أوجبَ العتق فصار البائعُ أوْلَى بالمال من العبد ، هذا نص قوله وبالله التوفيق . .

مسألــة

وقال في الرجل يحلف بحرية جارية له إنْ باعها فتصدَّقَ به على ابنةٍ له في حجره ثم يريد بيعَها لابنته في بعض مصلحتها : إنَّ إن باعها لزمه الحنثُ فَعَتَقَتْ عليه ، وغرم القيمة لابنته .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، لأنه باعَ وقد حلف أنْ لا يبيع ، فوجب أن يحنث إلَّا أن تكون له نيةٌ أو يكون ليمينه بساط يدل على أنه إنما حلف ألَّا يبيعها ليتمول ثمنها وينتفع به وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال في الرجل يقولُ أحدُ عبيدي حُرٌّ وله عبيد : إنَّه يقال له أعتق من شئتَ ولا شيء عليك غير ذلك ، وسئل عنها سحنون وذكرت له هذه الرواية من قول ابن القاسم وما روى عنه عيسى أنَّهُ يقرعُ بينهم فقال : أنا أقول بكلا القولين ، أقولُ بما روى يحيـى بن يحيـى أنْ يكون ورثته بمثابة اذا اجتمعوا على الرضى بعتق واحد منهم ، فإذا اختلفوا قلتُ بما روى عيسى أنه يقرع بينهم فاعتقت أحدهم بالسهم .

قلت : فإن مات قبل أَنْ يُعْتِقَ منهم أحداً وَإنما كان قال ذلك في صحته ، قال يصير ورثتُهُ بمنزلته يعتقون أيهم أحبوا كما كان ذلك للميت ، وليس هو بمنزلة الذي يوصي سيدهم أَنْ يُعتق رَأْسٌ منهم ولا يَنُصُّهُ بعينه ، ولأولئك مسألة قد فسرنا هنالك ، وقال في رجل يقول وله نسوة إحدى نسائي طالق ولم ينوِ وَاحِدَةً منهن : إنهن يطلقن عليه جميعاً .

قال : وأما إن قال أَحَدُ عبيدي حُرٌّ وله مماليك ولم ينو واحداً بعينه إنه يقال له أعتق من شئت منهم ، وإن مات ولم يُعتق منهم أحداً قيل لورثته قد نُزِّلْتُمْ منزلته فأعتقوا من بدا لكم منهم .

قال محمد بن رشد : مثلُ هذا في المدونة ان الطلاق لا يختار فيه ، بخلاف العتق ، وقد روى أبو عبيد عن مالك أَنَّ الطلاق يختار فيه كالعتق وليس بينهما فرق بين في القياس .

ووجهُ التفرقة في ذلك بين العتق والطلاق أَنَّ العتق يصح فيه التبعيض ، بخلاف الطلاق . وقد مضى في رسم باع شاةً من سماع عيسى القولُ مستوفى في مسألة العتق هذه فلا وجه لإعادته .

مسألــة

قال يحيـى : قلت لابن القاسم أرأيت إنْ كاتَبَ جميعَ رقيقه فلم يُجز ذلك الورثةُ والثلثُ يضيق بهم أليس يُعتق من كل واحد منهم ثلثه ؟ قال : بلى .

قلت : ولم لا يُقرع بينهم في الثلث ؟ قال : أرى إذا قطع لهم الورثة الثلث أن يُسهم بينهم فيه كالموصى لهم بالعتق .

قال محمد بن رشد : نَفَى القرعةَ أَوَّلاً ثم رَجَعَ إليها آخراً ، فهو اختلافُ من قوله ، فوجه القول بها القياسُ على الوصية بالعتق ، لأنه وإن كان

الأصلُ كتابة فقد عاد ذلك إلى العتق ، ووجه المنع منها أن القرعةَ في القياس غَرَرٌ فَلَا تكون إلَّا حيث جاءت فيها السنة ، وهي الوصيةُ بالعتق ، فقاس عليها ابنُ القاسم العتقَ في المرض لاتفاقهما في المعنى لأنه في الحَالتين جميعاً عتقٌ من الثلث ، والكتابةُ بخلاف ذلك .

وأشهبُ وأصبغُ لا يريان القرعةَ ، إلا في الوصية خاصةً ، وابنُ نافع لا يقول بها إلَّا إذا لم يكن للميت مالٌ غيرُهُم إتباعاً لظاهر الحديث ، فهي ثلاثةُ أقوال ، وإجازتها في الكتابة قولٌ رابعٌ وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال في رجل حَلَفَ بعتق رقيقه وهو صحيحٌ ثم يَقُومُ عليه الغرماءُ وفي قيمةِ رقيقه فضلٌ عن دَيْنِهِ : إنَّ الدَّينَ يُفَضُّ على العبيدِ : قِيمَتِهِمْ ، فَيُبَاعُ من كل واحد منهم بقدر ما صار على قيمته من الدَّين حين فُضَّ عليهم ، ثم يعتق منهم ما بقي .

وتفسير ذلك أنهم إن كانوا ثلاثةَ عبيد قيمةُ أحدهم خمسمائة والآخرِ ثلاثمائة ، والثالث مائتان وكان الدينُ مائةَ دينار قُسِمَتْ المائةُ الدينارَ على الألْفِ الدينار التي هي قيمةُ العبيد ، فما صار على المائة دينار من المائة الدَّيْن نظرتَ كم ذلك من المائتين ؟ فإن كان عُشُراً بعثَ عُشُرَ رقبة وعتق ما بقي ، كذلك يُصنع بالثاني والثالِثِ فِيمَا يصير على قيمة كل واحد من المائة الدَّيْنِ إذَا قُسمت على جميع قِيمَتِهِم ، وعلى هذا الحساب يُقسم كلُّ ما كان من هذا الوجه .

قال : وإن كان أعتقَ بعضَهُم قبل بعض بِيعَ الآخِرُ فالآخرُ حتى ينفذ الدَّيْنُ ثم يعتق ما بقي .

قال : وإن أوصى بعتاقتهم أجمعين ولا مال له غيرُهُم وعليه من الدَّين ما لا يُحِيطُ برقابهم أقرع بينهم أيهم يُباع للدَّين ثم أخرج

ثلثُ ما بقي بعد ما بيع للدَّين فإذا عُرِفَ مبلغُ الثلث أقرع بين العبيد الباقين أجمعين أيهم يعتق في الثلث ، فإن اقتسموا اثلاثاً فبسبيل ذلك ، وإن لم ينقسموا أثلاثاً أقرع بينهم الأول فالأول حتى يستكمل إخراجُ الثلث في قيمة من يَخْرُجُ سهمُهُ للعتاقة .

وإن كانوا مدبَّرين في كلمة واحدة وعليه من الدَّين ما لا يحيط بجميعهم بيع من كل واحد منهم بقدر ما يصير على قيمته من الدَّين ، ويعتق منه ثلث ما بقي ، وإنما يقسم الدين على قيمتهم على ما فسرتُ لَكَ في الذين يعتقون في الصحة وعلى المعتق من الدّين ما لا يحيط بجميعهم ولا يسهم بينهم للبيع في الدين ولا بعد إخراج الدَّين للعتاقة ، ولكن يباع من كل واحد ما ينوبه ويُعتقُ منه ثلثُ ما بقي بعدما بيع منه للدين يتحاصون في الثلث ، ولا يقرع بينهم فيه .

قال : وإن كان دَبَّرَ بعضهم قبل بعض بيع للدين الآخِرُ فالآخِرُ ، فإذا قُضِيَ جميعُ الدَّين عتق في الثلث الأولُ فالأولُ ولا يحاص بينهم ولا يُسْهَمُ بينهم ، ولكن يبدون في العتاقة على قدر ما بدأ بهم السيدُ في التدبير ، ويباع الآخر فالآخر للدَّين كما كان أَخَّرَهُم السيدُ في التدبير .

قال : والموصى لهم بالتدبير والمدَبَّرُون في الصحة في هذا الوجه سَوَاءٌ .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة جيدة حسنة بينة على مذهبه في المدونة من أَنَّ القرعة إنما تكون في الوصية بالعتق إذَا لم يحملهم الثلثُ ، فيعتق منهم مبلغُ الثلث بالقرعة ، وكذلك إن كان عليه دين ولا مال له سواهم وقد أوصى بعتاقتهم أجمعين يُسْهَمُ بينهم أيهم يباع في الدين ثم يُسهم بينهم

أيهم يعتق في ثلث ما بقي بعدما بيع منهم في الدين ، وكذلك المُبَتَّلُونَ في المرض سواء على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك ، وقد ذكرنا الاختلاف في ذلك في تَكَلُّمنا عن المسألة التي قبلها .

وأما المدبرون في الصحة أو في المرض أو في الوصية بعد الموت فلا قرعة فيهم ولا فيمن يباع منهم في الدَّين إن كان على المَيْتِ دَيْنٌ ولم يكن له مال سواهم ، وإنما يباع منهم في الدَّين بالحصص أيضاً ، وكذلك إذا أعتق عبيده في صحته وعليه دين لا يحيط بهم لا يُقْرَع بينهم فيمن يباع منهم في الدَّين ، وإنما يباع منهم بالحصص، ووجهُ العمل في ذلك أَنْ يُعْرَفَ ما يقع للدَّين من قيمتهم ، فإن كان الثلثَ أو الربعَ أو التسع أو العُشُر بِيعَ من كل واحدٍ منهم ثلثُه أو ربعُه أو تسعه أو عشره قَلَّتْ قيمتُهُ أو كثُرَتْ ، وهو الذي قاله في هذه الرواية ، وإن كان في كلامه إلتباسٌ فهذا معناه، وذلك أنه قال : وتفسيرُ ذلك أنهم إن كانوا ثلاثةَ عبيد قيمةُ أحدهم خمسمائة والآخر ثلاثمائة والثالث مائتان وكان الدَّينُ مائةَ دينار قسمت المائة دينار على الألف دينار التي هي قيمةُ العبيد ، فما صار على المائة الدينار من المائة الدَّين نظرت كم ذلك من المائتين ، فإن كان عُشُراً بعت عُشُرَ رقبة ، وكذلك تصنع بالثاني والثالث إلَى آخر قوله ، وموضعُ الالتباس من قوله ، قولُهُ فيه قسمت المائةَ الدَّين على الألف التي هي قيمة العبيد ، لِأن قسمةَ القليل على الكثير إنما هي بأن يُعْرَفَ ما يَقَعُ منها بالتَّسمِيَةِ على ما ذكرناه .

وقوله أيضاً فما صار على المائة الدينار من المائة الدَّين إذْ لَا حاجة بنا أن نعرف ما يقع من الدَّين على كل مائة من قيمة العبيد ، وإنما نحتاج أن نعرف مَا يقع جملةُ الدَّين من جملة قيمة العبيد فيباع ذلك الجزء من كل واحد منهم على ما قلناه ولابن نافع في المدنية أنَّ المدبرين في المرض يُقْرَعُ بينهم كما يُقرعُ بين الموصى بعتقهم وبين المُبَتَّلِين وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله يشتري الدور والمزارع للتجارة

قال يحيى : قال ابن القاسم في النصراني يُعتق عبداً له ثم يريد بيعَه : إنه لا ينبغي للإمام أن يمنعه من بيعه إن شاء ، لأنهم يستحلون في دينهم مثلَ هذا ، وإنما صُولِحُوا على أَنْ يُقَرُّوا على دينهم .

قلت : فإن أسلم العبدُ المُعتَقُ قبل أن يرجع السيدُ في عتقه ؟ قال : إن كان يوم أَعتقه بَرِىءَ منه وَخَلَّى سبيلَهُ فصارت حالُهُ حالَ الأحرار فلما أسلم وهو بتلك الحال أراد النصرانيُ سيدُه الرجوعَ فيه فليس ذلك له ، وإن كان لم يزل في يديه من يوم أعتقه يستخدمه بحاله التي كان عليها عبداً حتى أسلم العبدُ وهو في يدي الذي أعتقه وفي خدمته فَإِنَّ له أن يرجع في عتقه فيسترقه إن شاء ولا ينتفعُ السيدُ بإسلامه لأنه يقول إنَّما قولُنا لعبيدنا أنتم أحرارٌ لا نعدل شيئاً ولا يلزمنَا به في ديتنا عتقُ أحدهم ، ولم يزل هذا العبدُ في يدي وخدمتي بعد أن قلت هو حر حتى أسلم ، فليس إسلامُهُ بالذي يوجب له عتقاً لم أكن أَجَزْتُهُ له ولا رضيت بإتمامه له ، ومثلُ ذلك عندي ومِمَّا يُبَيِّنُهُ أَنَّ النصراني لو طلق امرأته البَتَّةَ ثم أراد حبسها لم يُمْنَعْ منها ، فإن حبسها بعد الطلاق البتة ثم أسلمت فأرادتْ أن يَلْزَمَه ذلك الطلاقُ لم يكن ذلك لها ، لأنه أَمْرٌ قد قطعه عن نفسه في دينه بما يجوز له إذا حبسها بعد ذلك ، فإسلامه لا يوجب لها طلاقاً قد قطعه عن نفسه في دينه ، وحبسها بعده ، فهو إذا أسلمت إن اسلم في عدتها كان أَحَقَّ بها ولا يُعَدُّ الطلاقُ الذي كان أَوَّلاً شيئاً ، قال : ولكن إن كان يومَ طلقها البتةَ خَلَّى سبيلَهَا حتى انقطعت منه وبانت

عن حالها تحته ثم أسلمت فأراد ارتجاعَها لم يُمكَّن من ذلك لما قد تَبيَّن من تخلية سبيلها وبراءَتِهِ منها ثم أراد أن يعتقها بالإرتجاع بعد إسلامها فليس ذلك له .

قال : والعبدُ المعتقُ إن كان خَلَّى سبيله يوم أعتقه فلما أسلم المعتَق أرادَ المعتِق ارتجاعه فليس ذلك له .

قلت : فالمدبرُ يدبره النصراني وهو على دينه ثم يسلم العبدُ المدبر فيريد سيدُهُ نقضَ التدبير والرجوعَ فيه ؟ قال : ليس ذلك له إلَّا أن يرجع في تدبيره وهو نصراني مثله لم يسلم ، فأما بعدَ أن أسلم المدبر فلا سبيل له إلى الرجوع فيه وإلى استخدامه ولكنه مُخَارَجٌ عليه .

قلت : فما فرق بين المدبر يُسلِم بعدَ التدبير فلا يكون للسيد أن يرجع فيه ، والمعتَقُ يسلم بعد العتاقة فيكون للسيد أَنْ يُبْطِلَ عتقه ويرتجعه ؟

قال : لِأن المعتَق لما لم يزل في خدمته وعمله وبحاله التي كان عليها عبداً قُلْنَا لَنْ يَبْرَأ المعتَقُ منه فيلزَمَه بِبَرَاءَتِهِ منه عتاقةُ العبد ، وإنما صَارَ حَابِساً له ومستخدماً فكان قوله هو حُرٌّ ليس بِقَوْلٍ لأنه يلزمه في دينه ، فَإسلامُ العبد الآن لا يزيده في خدمته ولا يُوجِبُ له عتاقَةً لم تَظْهَرْ له من سيده ببراءة منه ولا تخلية سبيل ، قال : والمدبرُ إن كان حابساً له لم يُخرجه من خدمته ، فإنَّ المدبَّر يعذر بأن يقول إنما جعل لي شيئاً بعد موته فكيف كنتُ أجِدُ سبيلاً إلى أَنْ أبِين بنفسي أو أنقطع عنه بخدمتي فإذا جعل لي [ ][11] قبل أن يموت أراد نقضَه لإسلامي ،

(١١) بياض بالأصل ناشيء عن طمس بهامش ق ٣ .

ولم يكـن وَجَبَ لي عتقٌ مُعجلٌ ففرطت في استحقاقه ولا بين الرجوع منه في تدبيري قبل إسلامي فما يسقط حقي عني في حكم الاسلام ؟ وأنا من أهله فِبَمَاذَا يقدر مع ما مضى في ذلك من قول مالك وهو أَحَقُّ من اتبع .

قلت : فمكاتبةُ النصراني أيجوزُ له الرجوعُ فيما عَقَدَ من كتابته ؟

قال محمد بن رشد : ظاهر هذه الرواية أنّ للنصراني أن يرجع في عتق عبده النصراني ما دام على النصرانية ، لا يمنع من ذلك ، وإن كان لما أعتقه قد كان خَلَّى سبيله وخرج عن خدمته مثلُ قول ابن القاسم في كتاب المكاتب من المدونة خلافُ دليل قول مالك في كتاب[ ][12] وذلك له إذَا لم يُخرجه من يده يدل على أنَّ له أنْ يرجع في عتقه بعد اسلامه إن كان لم يخرجه من يده ، خلاف ما في كتاب المكاتب من المدونة .

فتحصيل المسألة أنه إذا أعتقه وَخَلَّى سبيله فخرج من خدمته فلما أسلم أرادَ أن يرجع في عتقه لم يكن ذلك له باتفاق ، وإن كان أعتقه ثم أراد أن يرجع في عتقه وهو على دينه قَبْلَ أَنْ يُخْرجه عن يده كان ذلك له ولم يمنع منه باتفاق ، وَإنْ خلى سَبِيلَه وأخرجَه عن خدمته ثم أراد أن يرجع في ذلك قبل إسلامه كان ذلك له على ظاهر هذه الرواية ، ولم يكن ذلك له على ما في كتاب الجنايات من المدونة من دليل قول مالك ، وإن كان أعتقه ثم أراد أن يرجع في عتقه بعد أن أسلم ولم يكن خرج عن خدمته كان ذلك له على ما في هذه الرواية ولم يكن ذلك له على ما في كتاب المكاتب من المدونة والتدبير ، بخلاف ذلك له أنْ يرجع فيه قبل إسلامه لا يمنع من ذلك ، وليس له أن يرجع

(١٢) بياض بالأصل ناشىء عن طمس بهامش ق ٣ .

فيه بعد إسلامه قولاً واحداً ، وقد بيَّن ابنُ القاسم الوجهَ في ذلك بما لا مزيد عليه .

والكتابةُ في ذلك كالتدبير سواء على ما قاله في المدونة ، ولم يقع لها في هذه الرواية جواب ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسألته عن الرجل يحلف أنَّ كل عبد يبتاعه إلَى سنةٍ فهو حر فيشتري كتابةَ مكَاتَبٍ قبلَ انقضاء السنة التي حلف اليها .

قال : يُنتظر بالمكاتب ، فإن أدى لم يكن عليه حنث ، وإن رُقَّ عتق عليه ولزمه الحنثُ فيه .

قلت : أرأيت ان عجز المكاتب بعد انقضاء السنة قال : يعتق عليه ولزمه الحنث فيه .

قلت : أرأيت إن عجز المكاتبُ بعد انقضاء السنة ؟ قال : يعتق عليه أيضاً ، لِأنه عَقَدَ اشتراءَه في السنة التي حلف بحرية ما يشتري فيها .

قال محمد بن رشد : سحنون يقولُ إنه لا حنث عليه إن لم يعجز حتى انقضت السنة ، وقولُ ابن القاسم أَظهرُ لأنه إنما ملكه بعد السنة بما عقد فيه قبل السنة ، فذلك عنده بمنزلة من تَزَوَّج في العدة ودخل بعد العدة ، وفي ذلك اختلاف قد مضى تحصيلُه في موضعه ، ولا اختلاف في أنه يعتق عليه إذا عجز في السنة وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن السفيه يُعْتِقُ أم ولده أَيَتْبَعها مالُها ؟

فقال : لا أرى ذلك لها ، لأن عتقها لم يمض على تجويز

العتاقة ، وإنما أمضاه مالكٌ لأنه رأى العتق قد كان سبق إليها بالولادة ، فلما أعتقها كان إنما ترك ما كان له من الاستمتاع بها ، فلذلك رأيتُ لا يتبعها مالُها ، لأني رأيت إنْ أتْبَعها مالها كنتُ قد جَوَّزْتُ للسفيه القضاء في ماله ، قال ابن وهب : مثلَ ذلك ، وقال سحنون مثلَه تَافِهاً كان أو غيرَ تافِهِ لأنه لا يتبعها مالها .

قال محمد بن رشد : هذا خلاف ما مضى من قول مالك في رسم العتق من سماع أشهب ، وقد مضى هنالك القولُ على ذلك وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال يحيى : قلت لابن القاسم : فالسفيهُ يُمَثِّلُ بعبده أيعتق عليه ؟ قال : لا ، ووجه ما يأخذ به أنْ أنظر إلى كل من إذَا ابتدأ عتاقه جاز عتقه فـإنه إذا مثل أعتق عليه ، وكل من إذا ابتدأ عتاقه لم يجز عتقه ، فإنه إذا مثل بعبده لم يعتق عليه ، وسئل ابنُ وهب عن السفيه يمثل بعبده فقال : أرى أن يُعتق عليه ، قيل له : أفيتبعُ العبدَ مالُه ؟ قال : لا ، قيل له : فالمرأة تمثل بخادم لها لا تملك غيرَهَا فيرد الزوجُ عتقَها ؟ قال : لا يكون للزوج ها هنا رد ، وإنما وقع العتقُ عليها بِحُكْم قد مضت سنته فهي بالمُثلة عليها حرة رضي الزوج أو كره ، قال سحنون في مثلة المرأة ذات الزوج بعبدها أو بخادمها وقيمتها أكثرُ من ثلث مالها : لا أرى أن يعتق عليها وذلك مثل عتقها ، وكذلك قال لنا ابن القاسم .

قيل لسحنون : فالعبد يمثل بعبده ؟ قال : لا يعتق عليه ، وهو قولُ ابن القاسم والذي يمثل بعبده فلا يعتق عليه حتى يموت فلا يعتقون عليه بعد الموت .

قال يحيـى قلتُ لابن القاسم فالمريض يمثل بعبده في مرضه ؟ قال : يعتق عليه في ثلثه ، فإن صحَّ فمن رأس ماله ، قيل له : فالمديان الذي لا مال له إلا العبد وليس فيه وفاء لِما عليه يمثل به ؟ قال : لا يعتق عليه ، ولو جاز مثلُ هذا لَمَثل المفلسُ بجميع عبيده فاعدم الناس أموالهم واستفاد بذلك موالي يعتقد ولاءهم .

قال محمد بن رشد : اختلف في السفيه والعبد والمديان والمرأة ذات الزوج يُمثلون بعبيدهم ، فقيل إنه لا يعتق على واحد منهم عبده بالمثلة إلَّا أن يُجِيزَ ذلك للمديان غرماؤه وللمرأة ذات الزوج زوجُها ، وهو مذهب ابن القاسم في هذه الرواية على ما أصلَهُ فيها من أنه لا يعتق بالمثلة إلا على من يجوز له عتق عبيده ، ونص قوله في الواضحة على ما حكاه ابنُ حبيب عنه وهو أيضاً مذهبُ سحنون في هذه الرواية ، لأنه إذا قال ذلك في المرأة ذات الزوج فأحرى أنْ يقوله فيمن سواه منهم لأنَّ أبعدهم من أنْ يعتق عليه بالمُثلة المديان الذي لا وفاء عنده بدينه إلا العبد الذي مثل به للعلة التي ذكرها في الرواية من أنه يتهم في أن يمثل به ليعتق عليه فيكون له ولاؤه ولا يأخذه الغريم ، ويليه العبد لقوة تحجير سيده عليه ، وإذْ قد قيل إنه لا يملك وإن ماله لسيده ، ويليه السفيه للاجماع في أنه يُحَجر عليه في جميع ماله لقول الله عز وجل : ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ التي جَعَلَ اللَّهُ لكُمْ﴾[١٣] وتليه المرأةُ ذات الزوج لأن الزوج إنما يحجر عليها في ثلث مالها ، وقد قيل إنه لا تحجير له عليها في شيء منه ، فمن قال إنه لا يعتق على المرأة ذات الزوج عبدُها بالمُثلة إذا لم يحملها ثلثُها أو لم يكن لها مالٌ سواه فأحرى أنْ يقول ذلك فيمن سواها من المذكورين ، وهو مذهب سحنون على ما ذكرناه ، ومن يقول إنه يعتق على المديان عبدهُ بالمُثلة وإن كان الدين مستغرقاً له فأحرى أن يقول ذلك فيمن سواه من المذكورين وهو قول أشهب ، ومن يقول ذلك في السفيه وهو

(١٣) الآية ٤ من سورة النساء .

قولُ ابن وهب في هذه الرواية فأحرى أن يقوله في المرأة ذات الزوج وقد لا يقوله في العبد ولا في المديان ، ومن يقول ذلك في العبد فأحرى أن يقوله في السفيه وفي المرأة ذات الزوج وقد لا يقوله في المديان .

فيتخرج على هذا في جملتهم خمسة أقوال **أحدها** أنه يعتق على كل واحد منهم عبده بالمثلة ، **والثاني** أنه لا يعتق على واحد منهم بها **والثالث** أنه لا يعتق على واحد منهم بها عبدُه إلا على المرأة ذات الزوج ، **والرابع** أنه يعتق بها على المرأة والسفيه ولا يعتق بها على العبد ولا على المديان **والخامس** أنه يعتق بها عليهم كلهم إلا على المديان ، وإذا أُعتِقَ على العبد بها عبدُه على القول بأنه يعتق عليه فولاؤُه لسيده لا له ، قاله ابن حبيب في الواضحة .

واختلف فيمن أُعتِقَ منهم عليه عبدُه بالمثلة على القول بأنه يعتق بها عليه هل يتبعه ماله أم لا ؟ فَرُوِي عن ابن القاسم في السفيه أنه يعتق عليه عبدُه بالمُثلة ولا يتبعه ماله وهو قول ابن وَهْب في هذه الرواية ، وروى ابنُ المواز عنه أن مالَه يتبعه قال : وأظنه قول أشهب لأنه روى عن مالك في السفيه يُعتِقُ أم ولده أنها تكون حرة ويتبعها مالها خلاف قول ابن القاسم .

وأما إذا أعتق على المالِكِ لِأمرِ نفسه عبدُه بالمثلة فإنه يتبعه مالُه ولا اختلاف أحفظه في ذلك ، ويكون له ولاؤُه ، وقد قيل إنه لا يكون له ولاؤه ، ويكون لجماعة المسلمين ، وولاؤُه على ظاهر ما روي عن النبي عليه السلام من قوله : من حـرق عبدَه بالنار أو مَثَّل به مُثْلَةً فهو حر وهو مولى الله عز وجل ورسوله ، قال الليث : وهذا أمرٌ معمول به ، فظاهر قوله أن الولاء لا يكون له ، قال ابن المواز : والقياسُ في السفيه أَنْ لا يعتق عليه بالمُثلة ، ومن قال إنه يعتق عليه بها لم أَعِبْ قوله ، والذي أقوله به أنَّ القياس أن يعتق على كل واحد منهم عبدُه بالمثلة حاشا المديان ، لأنها جناية توجب العتق بالسنة ، وذلك من حق العبدِ ، فوجب أن يحكم له بحته على كل واحد منهم كما لو جنى على

غيره ، أَلَا تَرى أن المرأة ذات الزوج والسفية لو قتلا عبداً لأحد لكانت قيمته في أموالهما ، ولو قتل العبدُ عبداً لأحدٍ لكانت جنايته في رقبته وماله ، فعبدُه إذا مثل به أَحْرَى أن يُعتق عليه ، ولا يلزم هذا في المديان ، لِأنه لو جنى على أحدٍ بقتل عبده لم يكن المجنى عليه أَحَقَّ بجنايته من الغرماء ، والقياس إذا لم يُتَّهم في تَمْثيله به لِجَرِّ ولائه أَنْ يُحَاص الغرماء بقيمته ، فيعتق منه بقدر ذلك .

وقولُه في الرواية في الذي يمثل بعبده فلا يعتق عليه حتى يموت : لا يعتق عليه بعد الموت بين صحيح ، لأن عتقه عليه بالمثلة عقوبةٌ له ، فلو أُعْتِقَ عليه بعد الموت لكانت الورثةُ هم المعاقبون بفعله ، وأما المريض إذا مثل بعبده فيعتق عليه في ثلثه إن مات من مرضه ، لأن الثلث له حياً وميتاً ، وإن صح فمن رأس ماله كما قال ، ولا اختلاف في هذا أحفظه وبالله التوفيق .

مسألــة

قيل لسحنون : ما تقول في النصراني يمثل بعبده والعبدُ مسلم أو نصراني ؟ فقال كان أشهب يقول يُعتق عليه ما مثل من رقيقه كفارا كانوا أو مسلمين ، وكان ابنُ القاسم يَأبى ذلك ويقول لا يعتق على النصراني ما مثل من عبيده النصَارى ، لأن النصراني لو أعتقه ثم باعه لَمْ أَعْرِضْ له ، قال أصبغ : قال ابن القاسم : ولو مَثَّلَ النصرانيُ بعبده بعد أن أسلم لعتق عليه .

قال محمد بن رشد : واتفقا جميعاً ابنُ القاسم وأشهبُ في الحربى المعاهَدِ ينزل بأمان فيمثل بعبده أنه لا يعتق عليه ، وهو قول مالك في رسم العتق من سماع أشهب ، ويأتي على ما حكى ابنُ حبيب عن أصحاب مالك أنه يعتق بالمثلة على كل واحد منهما ، وقولُ ابن القاسم انه لا يعتق على واحدٍ منهما هو الأظهر ، لأن العتق بالمثلة إنما هي عقوبة لحرمة المسلم ، فوجب أن لا يعتق عليه بالمُثلة إلا أن يمثل به بعد إسلامه سواء كان ذمياً أو معاهداً كما قال ابن القاسم .

ولو مثل المسلمُ بعبده النصراني لعتق عليه لأنه حكم بين مسلم ونصراني ، فيحكم فيه بحكم الإسلام ، ووجه قولِ أشهب أنه حَمَلَ الحديثَ بالعتق على من مثل بعبده على العموم في المسلمين والكفار من أهل الذمة وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال سحنون : كان مالك يقول في الذي يمثل بامرأته : إنها تطلق عليه ، بمنزلة بيعه لها ، لأنه ليس بمأمون على غيرها .

قال محمد بن رشد : قولُ مالك في الذي يمثل بامرأته إنها تطلق عليه يريد طلقة بائنة ، كذلك روى زيادُ بن جعفر عنه في المدنية وقال ابن القاسم فيها : ما سمعت بهذا قط ، وأرى أنْ لا يفرق بينهما ويكون بينهما القصاص والقود ، إلاَّ أن يريد السلطان للتفرقة بينهما وجهاً ، قال عيسى مثلُ أن يَخَافَه عليها ، والذي أقول به في هذا أنه ليس باختلاف من القول ، وإنما معناه أنه لا يفرق بينهما بالمثلة إلا أن تطلب هي الفرقة وتدعى أنها تخافه على نفسها فيفرق بينهما بطلقة بائنة .

وأما بيعُه لها فقول مالك إنما تطلق عليه يريد أيضاً بطلقة واحدة بائنة على ما في سماع عيسى من كتاب الحدود وفي كتاب الإستبراء من كتاب أسن ، على ما وقع في سماع عبد المالك من كتاب طلاق السنة ، وهو قولُ ابن نافع فيه : إنها طلقة بائنة ، وقد روى محمد بن عبد الحكم عن مالك أنها تطلق عليه بِالبَتةِ . قال محمد : وأنا أقول : لا يقع عليه طلاق ، ويؤدب على فعله ، وترد إليه زوجته ، وهو قول ابن وهب في سماع عبد الملك من كتاب طلاق السنة ومثلُه ما في أول سماع ابن القاسم منه في الذي يزوج امرأته ، إذْ لا فرق في المعنى بين أن يزوجها أو يبيعها ، وفي المجموعة أنها تحرم عليه بالبتات إذَا زوجها بنى بها الزوجُ أو لم يَبْنِ بها ، فهي ثلاثة أقوال أظهرها أنها طلقةٌ واحدة بائنة وبالله التوفيق .

ومن كتاب المكاتب

قال : وسألته عن رجل أوصى لأمةٍ له وهو مريض ، فقال إن مت قبل سبعة أشهر أو نحو ذلك ففلانة حرة إلاَّ أَنْ تُحدث حدثاً من زنى يعرف ، فمات قبلَ السبعة وولدت الجاريةُ بعد موته قبل ستة أشهر فسئلت ممن هذا الولد ؟ فقالت : من فاحشة ، ثم ادعت بعدُ أنه من سيدها وأتت بشهيدي عدل يشهدان أنه كان مقراً بوطئها ، قال يُلْحَقُ به الولد وتلحق الأمة بالأحرار من رأس المال ، ولا يضرها إقرارها الذي أقرت به أن ولدها من فاحشة .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة بينة ، وقد تكلم عليها ابن دحون بكلام صحيح ، فقال : ولو لم ترجع عن إقرارها بالزنى للحق الولدُ بالسيد وحُدت وكانت حرة لأن إقرارها بالزنى لا ينفي الولد عن والده وهو يشهد عليه بإقراره بالوطء ، وإقرارُها أيضاً لا يُوجب ملكَها لأن إلحاق الولد بالأب يوجب أنها أمُّ ولد ، فهي حرة وإن حُدَّت على إقرارها بالزنى ، ولا تُحَدُّ حتى تتمادى على الإقرار ، ولا يجوز لها استرقاق نفسها ، ولا معنى لقوله قبل ستة أشهر إذا أتت به لما يلحق به الأنساب وثبت إقراره بالوطء لحق به وإن ادعت أنه من زنى حُدَّتْ ولم يضر ذلك الولَدَ وهي حرة ، والله الموفق .

مسألــة

قال : وسألته عن المرأة تحلف بالحرية لَتَفْعَلَنَّ كذا ، فتريد تركَ ذلك لتحنث نفسها ، فينكر ذلك زوجُها عليها وَيَرُدُّ يمينها .

قال حالها في الحنث الواقع عليها والذي تحنث به نفسها وابتداءُ عتاقتها سواءٌ ما رَدَّ الزوجُ فهو مَرْدُودٌ إذا جاوزت قيمةُ رقيقها ثلثَ مَالِهَا .

قلت : أرأيت ما يحنثها به الزوجُ مِمَّا لو شاء تركها فيه على بر ؟ مثل أن تقول رقيقي أحرار إنْ وطئتَني الليلةَ وأياماً تذكرها ، أو تقول رقيقي أحرَارٌ إن ضربتَ أمتي هذه الليلة أو نحو ذلك مما يخاف به تعدى زوجها عليها أو على رقيقها أو تكون هي المتعدية في يمينها مثل أن تقول إن وطئتني أبداً أو ضَرَبْتَنِي أبداً وقد وجب عليها الأدب مراراً لِمَا ارتكبت .

قال محمد بن رشد : أما يمينُها على نفسها بعتق رقيقها وهم أكثرُ من ثلث مالها ألا تفعل شيئاً أو أنْ تفعله إلى أجل تُسَمِّيه فلزوجها أن يرد يمينَها قبل أن تحنث [أو بعد أن تحنث فإن رد يمينها قبل أن تحنث[١٤]] اكتفى بذلك ولم يكن عليه[١٥] أن يرد فعلها بعد الحنث ، وإن سَكَتَ على يمينها ولم ينكره كان له أن يرده إذَا حنث[١٦] ولم يضره سكوته على يمينها ، قاله في الرسم الذي بعد هذا

وأما إذا حلفت عليه فَحَنثها هو فسكت في الرواية عن الجواب على ذلك ، وقال ابن دحون فيها قياسُها أنه إن حنثها كان له رد يمينها ورفعُ العتق عنها ، وإن كان هو حنثها لأنه قد كان له أن يرد يمينها قبل أن يحنثها فلا يلزمُها حنثٌ بعد رَدِّهِ ليمينها ، وليس قولُه في ذلك بصحيح ، والذي يوجبه النظرُ في ذلك أنه إن حنثها فيما لَهُ أن يحنثها فيه مما تكون متعدية عليه في اليمين به مثل أن تحلف بعتق رقيقها أنْ لا يطأها أو ألا يكلم فلاناً أو ألا يضرب عبده في شيء استوجب الأدبَ عليه فله أنْ يُحنثها ويرد يمينها بالعتق فلا يعتقون عليها ،

---

(١٤) ما كتب بين معقوفتين زيادة من نسخة ق ٣ .

(١٥) كذا بالأصل وق ٣ : ولعل هنا حذفاً من يد الناسخ .

(١٦) كذا بالأصل وق ٣ : إذا حنث ، والصواب إذا حنثت إذ الموضوع هو حلفها بعتق رقيقها .

وأما إن حِنثَ فيما ليس له أن يحنثها فيه مما لا تكون متعديةً عليه في اليمين به مثلُ أن تحلف بحرية رقيقها أَنْ لا يضرب أمتها أَوْ أَلا يضربها إذْ لم تصنع شيئاً استوجب عليه الضرب فَتَعَدَّى وضربها أو ضرب أمتها فإنها تحنث ويلزمها العتق ولا يكون له أَنْ يرده لأنه مختار لتحنيثها في غير شيء يجب له ، وإلى هذا نَحَا ابنُ أبي زيد ، فإنه قال في النوادر عقب هذه المسألة : لم يذكر لها جواباً ، ويتبين لي في الوطء أن له ردَّ العتق إن وطئها ، وإما ضرب الأمة فلا رد له ، فمعنى قوله في الوطء الذي يكون في الحلف عليه متعدية عليه ، وأما لو حلف أن لا يطأها هذه الليلة لِعُذْرٍ لَهَا في ذلك من مرض أو نحوه فحنثها ووطئها لم يكن له أن يرد العتق ، ومعنى قوله في ضرب الأمة الضرب الذي يكون متعدياً فيه على ما ذكرناه ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسألته على الرجل يحلف بعتق عبدٍ له سماه فيكاتبه أو يدبره أو يوصي له بعتقه إلى أجل .

فقال أما الوصيةُ له بالعتاقة وتدبيرُه في الصحة والمرض فلا يوجب عليه حنثاً ، لأنه يرجع في الوصية إن شاء فيُبْطِلُ ما جعل له فيها ، والتدبيرُ لا يعتق العبدُ فيه إلا بعد الموت والدَّيْنُ يلحقه أحياناً فيبطل تدبيره فَلاَ أَرى التدبيرَ يوجِبُ عليه حنثا ، قال : وأما إن كاتَبه فإنه ينتظر به أداؤه وعجزه فإن أدى ما عليه عتق بالكتابة وحنث سيده في سائر رقيقه ، وإن عجز فَرَقَّ فلا حنث عليه .

قلت : ولم لا نراه حانثاً إذَا دبره إن سَلِمَ من البيع في دين يكون على سيده إذَا وسِعَه ثلثُ ماله وكان مالُ سيده مأموناً حتى لا يشك أن الحرية وجبت له ساعة مات سيده ، أَمَا ترى حينئذ أَنَّ

الحنث وقع على سيده في الرقيق بموته لِأنه قد كان عقد له عقداً في الصحة لا يستطيع الرجوعَ فيه .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة فيها نظر ، ولا فرق فيالقياس والنظر بين الكتابة وبين التدبير والوصية إلَّا في كون حِنْثِهِ في التدبير والوصية بعد الموت ، فالقياسُ على قوله في الكتابة أن ينظر إذا مات في العبد الذي أوصى بعتقه أو دبره وقد كان حلف ألا يعتقه فَعَتَقَ عبداً له آخر فإن خَرَجَ من الثلث وقد بقيت منه بقية أعتقت فيما بقي منه العبدُ الذي حلف بعتقه أن لا يعتق هذا العبد الذي أوصى بعتقه أو دبره فيه ، لأن حنثه فيه بعتقه إنما يحصل بعد الموت ، فوجب أن يكون من الثلث .

واعتراضُه عليه بقوله .

قلت : ولم لا تراه حانثاً إذا دبره إنْ سَلِمَ من البيع إلى آخر قوله اعتراضٌ صحيحٌ لازم له ، ولذلك سكت عن الجواب ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قال : وسألته عن الأخوين يرثان العبدَ فيشهدُ أحدُهما أن أباه أعتقه في وصيته منهم عبدٌ أو نَصَّهُ باسمه ويشهد أَخُوهُ أن أباه أوصى بعتق عبدٍ من عبيدِه نَصَّهُ الأبُ فأُنْسِيتُ اسمَه فما أدري أي عبد هو .

قال : أما العبد الذي نَصَّه أحدُ الأخوين فهو حُرٌّ إن وسعه الثلث لأن أحدهما قطع له الشهادةَ وشَكَّكَ الآخرَ فيه نفسه فلا ينبغي لواحد منهما أَنْ يسترقَّهُ ولا شيئاً مِنْهُ .

قلت : أَفَيُحْكَمُ عليهما بذلك حُكماً لازماً لهما ؟ فقال : لا ، ولكني آمرُهما بذلك وَأُوَرِّعُهُمَا عن استرقاقه ، لأن الشهادة لم تتم للعبد إذْ لم يشهَدْ لَه إلَّا واحد .

قلت : ثم يصنعان ببقيةِ العبيدِ ماذا ؟ فقال : يقتسمانهم فما صار للذي أبت فيها الشهادة حَلَّ له استرقاقهم ، وما صار للشك في وصيةِ أبيه أمرناه أَنْ يحتاط على نفسه بالبراءة من جميعهم ، ولا يسترق منهم أحداً ، وذلك أنه لا يدري أيهم أعتق لأنه لو ثبتت الشهادة كان المشهودُ له عتيقاً كلُّه إن كان يسعه ثلثُ مال المُوصِي .

قلت : فإن كانا عبدين كيفَ الأمر فيهما ولا مال للميت غيرهما ؟

فقال أرى لهما أن يعتقا من الذي بت أَحَدُ الأخوين له الشهادة مَبْلَغ ثلث مال الميت ، فإن كان ذلك قدر قيمة ثلثي العبد فذلك له .

ويرق لهما ثلثُه ، سدسٌ لكل واحد ، ثم يقتسمان الباقي ، فيَطِيبُ للقاطع الشهادةَ نصفُه بما انقطع عنه من الشك في عمله ، ويقال للشاك : إحتَطْ على نفسك ، فإنا لا ندري لعل الوصية كانت إلَى هذا ؟ فانظر إلَى مبلغ ثلث الميت من قيمة العبد فابْرأ مما كان ينوبك من ذلك ، فإن كان مبلغ الثلث قدر ثلثي العبد فقد كان يعتق منه ذلك ويرق ثلثه لو ثبت أن الوصية كانت له ، فلا يبقى بيد الشاك إلَّا سدسهُ ، وهو نصف ما كان يبقى بعد إنْفَاذِ الوصية منه ، فيعتق ثلثه ويرق للشاك سدسه ، ويَطِيبُ لِلْمُسْتَيْقِنِ نصفُه ، فعلى هذا الحساب يُحمل ما أشبه هذا من أمور أهل الشك في الوصايا من الورثة إحتياطاً عليهم ونظراً لهم ، ولا يُلزمون ذلك حكماً عليهم ، ولكن يُومَرُون به إحتياطاً لهم .

قال محمد بن رشد : قوله في الأخوين اللذين شهد أَحَدُهما على أبيه أنه أوصى بعتق عبد من عبيده سماه والثلثُ يحمله وقال الآخر : لا أدري

هل هو هذا العبدُ أو غيره من عبيده لأني نسيته : إنَّ العبدَ الذي سماه أحدهما حُرٌّ لأن الواحد قطع له الشهادة ، والآخرُ شك فيه ، إلاَّ أنه لا يُحكم بذلك عليهما وَيُوَرَّعا عن إسترقاقه لا يَصِحُّ عندي على أصولهم ، لأن أحدهما يقطع بوجوب حريته ، والآخر يقول لا أدري هل هو هذا العبدُ أَوْ غيره من العبيد ، فالواجبُ أن يقال للشاك في أَيِّ عبد هو الذي أوصى أبوه بعتقه : أنتَ لا تشك في أنَّ الحريةَ واجبةٌ لأحدهم فإما أن تحتاط لنفسك فتعتق حظك من كل واحد منهم لاحتمال أن يكون هو الموصَى له بالعتق ، وإما أن يتقلد أنَّ الوصية كانت لفلان منهم ، وإما أَعْتَقْنَا عليك حظَّك من كل واحد منهم إذ لا نمكنك من أن تملك حظَّكَ من جميعهم وأنت مقرٌّ لأحدهم بالحرية ، فإن أعتق حظه من العبد الذي سماه أخوه حُكِمَ بحرية جميعهم ، وكذلك إن أبى أن يُعتِقَ حظَّه من كل واحد منهم لَحُكِمَ بِحُرية جميع العبد الذي سَمَّى أخوه ، لأنه إذا أعتق حظَّ أخيه منه بأحد الوجهين وجب عتقُ جميعه ، لأنه مُقِرٌّ أن نصيبه حر بالوصية ، وإمَّا أَنْ يتقلد الشاكُّ أن الوصية كانت لِغَيْرِ الذي سمى أخوه فأعتق نصيبَه منه ، فلا يُعتق على الذي سمى العبدَ نصيبُه منه ، للضرر الداخل في ذلك على أخيه وإنما يومر أَنْ يجعل ثمنه في عتق أن يبيع العبدَ كلَّه أو وجد لِحَظِّهِ منه ثمناً على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة وغيرها ، وعلى ما مضى في رسم يوصى لمكاتبه من سماع عيسى وفي غير ما موضع من هذا الكتاب إلاَّ أن يملك العبدَ كلَّه أو يملكَ شيئاً زائداً منه إلى نصيبه فيه فيعتق عليه جميعُ ما ملك منه ، فإذا أعتق العبد الذي سماه أحدُهما بالوصية فقولُه في بقية العبيد إنهما يقتسمانهم فما صار للذي أبت فيه الشهادة حَلَّ له استرقاقُهم الى آخر قوله في المسألة فهو صحيحٌ بَيِّنٌ وهذا الاعتراض الذي ذكرناه في هذه المسألة يدخل في المسألة الأخرى ، اذا كانا عبدين ولم يكن للميت مالٌ غيرهما ، فتدبر ذلك تجده صحيحاً ، وقد ذكرها ابنُ المواز عن ابن القاسم على نحو ما وقعت ها هنا فقال : إنه يعتق ثلثا العبد إن لم يَدَّعِ غيرَهما وقيمتُهما سواءٌ ، ولا يعتق من الآخر شيء ، ويقال لـلشاك : إجعل نصيبك

من ثمنِ الآخَرِ يُرِيدُ إنْ بِيعَ في رَقَبَةٍ يعتقها .

قال محمد : وإنما أعتق ابنُ القاسم ثلثي المعتَق حين لم ينكر الأخ قولَ أخيه فيه وأمر الشاكَّ أن يجعل ما يأخذ من ثمن الآخر في رَقَبَةٍ لشكه ، قال في كتاب آخر عن أشهب مثلَ ما ذَكَرَها هنا إلاَّ أنه قال يتقاومان الباقي ، فإن صارَ للذي نص العبد الآخر لم يعتق عليه من هذا شيء ، وإن صار للشاك لم يأمره أن يملك نصيبه ، إذْ قد يكونُ فيه العتقُ ويقضي بذلك عليه وثلثُه رقيق ما لم يرجع قبل أن يقضي عليه فيقول ذكره أنه الذي قال أخي .

وقول أشهب إنهما يتقاوماه معناه إن أراد ذلك ، إذ لا يجبر على المقاومة مَنْ أباها من الشريكين .

وأما قولُه إنه يقضي عليه بعتق حظه من العبد إن صار له في المقاومة ما لم يرجع قبل أن يقضي عليه بذلك فهو خلاف مذهب ابن القاسم في أنه لا يقضي عليه بالعتق في الشك ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قال : وسألته عن امرأة ليس لها مالٌ إلاَّ ثلاثة أرؤس فأعتقت اليومَ رأساً ، ثم بعدَ زمان رأساً ، ثم بعد ذلك أيضاً الثالثَ ، وَالقِيَمُ مختلفةٌ .

فقال يُنظر إلى قيمة الأول ، فإن كان قدرَ ثلثِ جميع قِيمتهم فأدنى فعناقتُه جائزة ، ثم انظر الى ما بين عتاقته وعتاقة الثاني فإن كان زماناً قريباً يُعْرَفُ بِقُربه أنها مُضِرَّةٌ في عتقها الثاني فالعتاقة الثانية مردودةٌ ، وإن تباعد ما بين ذلك جداً حتى لا يتهم في الضرر نظرتَ الى قيمة الثاني فإن كانت ثلثَ جميع قيمته وقيمةِ الثالث فأدنى أجزت عتاقته أيضاً ، وأمَّا الثالثُ فلا عتاقة له على حال من الحال ، لأنها أعتقته ولا مال لها غيره .

قال : وإن كانت قيمةُ الأول أكثرَ من ثلث جميع قِيَمِ الثلاثة الأرؤس لم يجز عتقُه ، ثم إن كانت قيمةُ الثاني أكثرَ من ثلث جميع قيم الثلاثة لم يجر عتقُه أيضاً ، وإن كانت قيمة الثاني بعد أن تبطل عتاقَةُ الأول أقَلَّ من ثلث جميع قيم الثلاثة أو الثلث فقط جازت عتاقته ، فعلى هذا النحو يكون ما اعتقت المرأةُ من عبيدها إذا فَرَّقَتْ العتاقة في أزمانٍ شَتَّى .

قال محمد بن رشد : لم يُجِزْ في هذه الرواية القربَ الذي يجوز فيه الأول إن كان الثلث فأقل ، ويبطل الثاني من البعد الذي يعتق فيه الأول إن كان الثلث فأقل والثاني إن كان ثلث قيمته وقيمة الثلث ، فأقل ، والقربُ في ذلك اليومُ واليومان على ما قاله في رسم حمل صبيا من سماع عيسى إلى الشهر والشهرين على ما قاله ابنُ حبيب في الواضحة وحكاه عن أصبغ ، لأن ذلك يُحمل على التفسير لقول ابن القاسم ، وقال ابنُ حبيب إذا لم يكن بين ذلك إلَّا اليومُ واليَوْمَانِ ونحوُهُما فهو بمنزلة اذا كان في فَوْرٍ واحد يريد الأول وإن كان أقلَّ من الثلث إذا كان مع الثاني أكثر من الثلث ، وأَمَّا البُعد فهو الستة أشهر فأكثر على ما حكاه ابنُ حبيب ، وقد قيل العامُ لأنه حد في غير ما مسألة ، وقد قيل إنها إذا تصدقت بثلث مالها فلا ينفذ لها عطيةٌ في باقيه قَرُب ذلك أو بعد، وقد مضى الكلامُ على هذه المسألة مستوفى في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الصدقات والهبات وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله أول عَبْدٍ ابتَاعُه فهو حر

قال يحيى : وسألتُ عبدَ الرحمن بنَ القاسم عن الرجل يقول أولُ عبد ابتاعه فهو حر فيبتاع رقيقاً في صفقةٍ واحدةٍ أيكون حانثاً في جميعهم ؟

فقال : نعم ، وإنما مِثْلُ ذلك عندي الرجلُ يقول أولُ عبد ابتاعه فهو حر فيبتاع شقصاً من عبد أنَّه يُقَوَّم عليه ما بقي من العبد فإذا ابتاع عبيداً في صفقة واحدة كان الحنثُ عليهم في جميعهم أَوْجَبَ .

قال محمد بن رشد : مثل هذا حكى ابنُ حبيب عن ابن الماجشون في الميراث أنهم يُعتقون عليه جميعاً ، وإذا قاله في الميراث الذي لم يُدْخِلْهُ على نفسه فأحرى أن يقوله في الشراء الذي أدخله على نفسه ، وقد قيل إنه يعتق أحدُهم بالسهم ، وقيل يَختارُ واحداً فيعتقه ، والقولان لابن القاسم في أوَّل سماع سحنون في الذي يقول من يشرى بكذا[١٧] فهو حر ، فيأتيه ثلاثة من عبيده في مرة إذ لا فرق بين المسألتين على ما نذكره هناك من أحد التأويلين إن شاء الله تعالى .

وجهُ القول بأنهم يعتقون جميعاً هو أنهم لَمَّا ملكهم معاً ولم يتقدم أحدهم في الملك على صاحبه كان كلُّ واحد منهم في حُكْمِ المتقدم إذْ قد عُلِمَ أنه لم يتقدم سواه منهم عليه ، وهو في الشراء أيضاً لَمَّا اشتراهم معاً فقد قصد إلى عتق جميعهم .

ووجه القول بأنَّه يختارُ واحداً منهم فيعتقه هو أنه لم يُعتِق إلَّا عبداً واحداً فلا يلزمه أكثرُ مما أَلْزَمَهُ نفسَه ولما كان كلُّ واحدٍ منهم في حكم الأول وهو لم يُعْتِقْ إلَّا واحداً كان له أن يختارَ من شاء منهم .

وأما القول بالقرعة فوجهه أنه لما لم يكن لواحد منهم مَزية في العتق على صاحبه كانت القُرعةُ وجهَ العدل فيما بينهم ، وله أن يقرع بينهم إن شاء على القول بأنه يختار واحداً منهم وليس له أن يختار على القول بأنَّه يقرع بينهم ، وبالله التوفيق .

---

(١٧) كذا **بالأصل وق ٣** : ولعله من بشرني بكذا .

مسألــة

قال وسألته عن الرجل يقول للرجل أعتِقْ غلامَك فُلاناً وَلَكَ مائة دينار فيأخذها ويعتق غلامه ذلك ، ثم يأتي رجل يستحق ذلك الغلام عبداً ، أو يُسْتَحَقُّ ذلك العبدُ بحرية بعدُ من أصله .

قال : إذا استحق عبداً رَجَعَ صاحبُ المائة على المعتِق بها فأغرمه إياها .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال وهو ما لا اشكال فيه ، لأنه قد انكشف أنه أخذَ مالَ الرجل باطلاً اذا أعتق بأخذه إياه ما لا يجوز له عتقه ، إمَّا لأنه حر من أصله وإما لأنه ملكٌ لغيره ، وذلك كمن اشترى عبداً فاستُحِق من يده فله أن يرجع بالثمن على بائعه منه وبالله التوفيق .

مسألــة

وسألته عن الرجل تكون ابنتُه أمةَ فيريدُ سيدُها بيعَها فلما خاف أبوها تَغَرُّبَهَا عن بلده أتى رجلاً فقال له : اشتر ابنتي وأنا أُعينُكَ في ثمنها بمائة دينار ، فيشتريها بالثمن الكثير ويستعين بالمائة أو عسى أن لا يشتريَهَا إلاَّ بتلك المائة أو نحوها أيجوز لمشتريها أخذُ المائة من أب الأمة ؟ وكيف إن أخذها بشرط أن يحبسها أو يتخذها أو بغير شرط ؟

قال : أمَّا إذا أعانه بالمائة على شرط الحبس أو الاتخاذ فان فرجها يحرم عليه بذلك ، ويلزمُه رَدُّ المائة دينار ، لِأنه أعطاها إياه على ما لا يحل له ، فإن أعطاها على غير شرط ولا عِدَةٍ يُفْسِدُ عليه مسيسها فلا بأس أن يأخذها منه ، فإذا كان ذلك من الأب على وجه

العون للمشتري والصلة له لِمَا رأى من ضعفه عن اشترائها فهو له ولا يلزمه ردها .

قلت له : فإن عجل بيعَها فقال الأب : إنما أعينك بالمائةِ لِمَا رجوتُ من حبسك إياها قال ينظر في أمره :

فإن كان يُرَى أنه إنما يُعين مثله مثل المشتري لهذا الوجه فهو كالشرط يَرُدُّ المائةَ على الأب ويَجْتَنِبُ المسيسَ حتى يردها ، وإن كان مثلُ الأب إنما يعين مثلَ المشتري على وجه الصلة والمعروف حَلَّتْ له أمتُه ، وحل له حبسُ المائة وباع إذا شاء وحبس .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة حسنة تُبين ما وقع في المدونة من قوله في الرجل يعطي الرجلَ المال يشتري به إبنهُ أو ابنته يعينه به فيفعلُ الرجلُ ! إنه لا يعتق المشتري منها على واحد منهما ، وهما رقيق للمشتري .

وقولُه في الرواية إذا عَجَّل بيعَها إنه ينظر فيما قال الأبُ من أنه إنما أعانه بالمائة لما رجاه من حبسها ، فإنْ تبين إنما أعانه بالمائة لهذا الوجه كان ذلك كالشرط ولزمه رَدُّ المائة ، وإن تبين أنه إنما أعانه بها على وجه الصلة له لَا لهذا الوجه كانت المائة له ، وفعل بالجارية ما شاء من بيع أو حبس ، صحيحٌ ولم يبين إذا لم يتبين الأمر في ذلك على ما هو محمول ؟ والذي أراه في ذلك أنه إذا عجل بيعها من غير سبب لبيعه إياها فالأبُ يصدق فيما ادعاه من نيته مع يمينه على ذلك ، ويسترجع مائته ، والله الموفق .

مسألـــة

قال : وسألته عن الرجل تحلف إمرأته بالحرية لَتَفْعَلَنَّ شيئاً او لا تفعل شيئاً تَذْكُرُه فتخاف حنثَها ويريد أن يـرد يمينَها لكي لا يُعْتَقَ عليها رقيقُها لِمَا جَاوَزَتْ يمينُها من ثلث مالها ، فقلتُ متى ترى أن

تشهد على رده عليها أَحِينَ تحلف أم حتى تحنث ؟

قال : بل حتى تحنث ، وذلك أَنَّ التي تقول كلُّ شيء لها حُرٌّ إن فعلت كذا وكذا فهي على بر ما لم تفعله ، فما عليه إنْ سَكَتَ ما كانت على بر ، والتي تقول إن أفعل[١٨] كذا وكذا فكل شيء لها حر لعلها أن لا تحنث إلَّا بالموت ويكون حنثُها كالوصية ، فهذا لا يجوز له رد يمينها فيه إلَّا أن تكون قالت إن لم أفعل كذا وكذا إلى أجل كذا وكذا فكل شيء لها حر ، فهذه لعلها أن تفعل الذي حلفت عليه قَبْل محل الأجل فتبر ، ففي كل ذلك لا أرى عليه في سكوته شيئاً حتى يجب الحنث ، فإذا وجب الحنثُ لزمه الإنكار وجاز له أن يفعل فيبطل بذلك عتاقَةَ رقيقها إن كانت قيمتُهُم أكثر من ثلث مالها .

قلت : أرأيت التي تقول إن لم أفعل كذا وكذا إلى أجل كذا وكذا فرقيقي أحرارٌ فَعَجَّلَ الزوجُ برد يمينها وقال أشهدوا أنها إن حنثت فلا حُرِيَّةَ لرقيقها ثم حنثت عند الأجل فسكت الزوجُ اكتفاء بالشهادة الأولى أيجزيه ذلك أم لا ؟ قال : إذا رد عليها قبل أن تحنث ثم حنثت فلم يرد عليها فذلك يجزيه ولا شيء عليها ، وذلك أن الرد الأول يَرُدُّ عليها عتقَها ولا أرى عليه أَنْ يرد عليها مَرَّةً أخرى .

قال محمد بن رشد : هذه المسألة أبينُ وأكملُ من التي تقدمت في رسم المكاتب فهي تبينها ، وقد مضى الكلامُ على ما فيها من الزيادة على هذه فلا معنى لإعادَتِهِ وبالله التوفيق .

---

(١٨) كذا بالأصل وفي نسخة ق ٣ : إن لم أفعل .

مسألــة

وسألته عن الرجل يعطي الرجلَ من قرابته نصفَ عبده في مرض المعطَى على أن يُعتِقَهُ

فقال : إن أعطاه إياه على أن يوصي بعتق نصفِه فأوصى له بذلك ومات الموصي عتق ذلك النصفُ ولم يدخل في ثلث الميت ولم يلحقه دينُ الميت ، وذلك أنه إنما أُعْطِيَهُ على العتق شرطاً ويرق النصف الباقي لسيده المعطي .

قال : وإن أعطاه إياه على أن يُبَتِّلَه في مرضه فقبِل وبتله عَتَقَ ذَلِكَ النصف من غير ثلثِه ولم يلحقه دينٌ وعتق النصفُ الباقي عليه في ثلثِهِ وقوم للسيد المعطى فأعطى قيمة النصف الباقي من ثلث الميت وعجل ذلك النصف الذي قوم في ثلث الميت ، وإن كان عليه دين يحيط بماله لَمْ يقوم عليه ذلك النصفُ ، وعتق النصف الذي أعطَى .

قال : وإن أعطيه في صحته على أن يعتق ذلك النصف فقبل وأعتقه جاز عتقُ ذلك النصف عليه ، وقوم عليه النصفُ الباقي فعتق العبدُ كله ، فإن لم يكن له مال أعتِقَ منه النصفُ الذي أعطي ويبلغ مالُهُ من النصف الباقي وان لم يكن له شيء البتة لم يُعتق من العبد إلاّ النصف الذي اعطى .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله إنه إذا أعطى نصف العبد في المرض على أن يعتقه بَتْلاً في مرضه أو على أن يُوصِيَ له بالعتق لا يدخل ذلك النصفُ في ثلثه إذا لم يملكه قبل أن يعتقه ، لأنه إنما مُلِّكَ إياه بشرط العتق .

فإن أُعطيه على أن يُوصِيَ له بالعتاقة فأوصى له بها اعتق إن مات من مرضه قارعاً من رأس ماله ، وإن صح من مرضه كان له ملكاً ولم يصح له الرجوعُ فيما أوصى به من عتقه إذْ لم يملك إياه إلَّا بشرط الوصية له بالعتق ، فهو يعتق متى مات من رأس ماله ، فله حكمُ الوصية في أنه لا يعتق إلَّا بعد موت المُوصَى الذي أعْطِيَ إياه ، وله حكمُ المعتَق إلى أجل ، لأنه يعتقه بموته من رأس ماله .

فهذه المسألة من نوادر المسائل لأنه يعتق عليه ذلك النصفُ بعد موته من رأس ماله ، وكذا لو وُهِبَ لرجل عبدٌ على أنْ يوصى له بالعتق لَكَانَ هذا حكمه .

وأما إذا أعطاه نصفَ عبده على أن يُبتل عتقَه في مرضه فذلك النصف الذي بَتَّلَ في مرضه على الشرط حُرٌّ على كل حال ، لا يلحقه دَيْنٌ على ما قال ، وقال إنَّه يقوم عليه النصفُ الذي للمُعْطِي في ثلثه ، وفي ذلك اختلافٌ قيل إنه لا يقوم عليه في ثلثه إلَّا بعد الموت ، وهو المنصوص عليه في المدونة ، وقيل إنَّه يعجل تقويمُهُ عليه في مرضه ولا يبتل له العتق حتى يموت ، فإن مات من مرضه ذلك جعلت تلك القيمة في ثلثه ، وإن صح عتق من رأس ماله ، وسواءٌ كان له مال مأمون أو لم يكن ، وقد قيل إنما يكون هذا إذا لم يكن له مَالٌ مأمون ، وأما إن كان له مال مأمون فيعجل تقويمُهُ في مرضه ، وتنفذ الحريةُ له ، فهذه التفرقةُ قولٌ ثالثٌ في المسألة وفيها قول رابع ، وهو أنه لا يقوم عليه حظُّ شريكه عاش أو مات قاله ابن الماجشون وبالله التوفيق .

تم الكتاب الثالث من العتق والحمد لله .

بسم الله الرحمن الرحيم
وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه

كتاب العتق الرابع

من سماع سحنون وسؤاله ابنَ القاسم

قال سحنون : وسألت ابن القاسم عن الرجل يقول من يبشرني بغلام يولد لي فهو حر فيأتيه ثلاثة من عبيده في مرة قال أَحَبُّ ما فيه أن يقرع بينهم ويُخْرِجَ واحداً حراً ، ثم رجع فقال يختار واحداً بعينه ، فإن مات ولم يختر اختاره الورثةُ وعتق من رأس المال ، قال ابن القاسم : وكل ما كان قبل هذا فهو باطل .

قال محمد بن رشد : قيل انهم يعتقون كلهم قاله ابن القاسم في كتاب ابن المواز وهو قوله الذي تقدم له في رسم أول عبد ابتاعه فهو حر من سماع يحيى في الذي يقول أول عبد أملكه فهو حر فيشتري رقيقاً في صفقة واحدة إنهم يعتقون جميعاً ، إذ لا فرق بين المسألتين في المعنى ، وهذا إذَا جعلتَ مَنْ بمعنى الذي ورفعتَ يبشرُني ، فأما إن جعلت من للشرط وجزمت يبشرني فلا مُخَالِفَ في أنهم يعتقون كلهم ، لأن كل واحد قد بشره إذ جاءوا معاً ، وَمَنْ في الشرط تقتضي العموم .

وقوله على القول بأنه يختار أنه إنْ لم يختر حتى مات اختار الورثةُ وعتق من رأس المال هو على أحَدِ أقواله في الذي يقول أحد عبيدي حر فلا يعلم بذلك إلاَّ عند موته ، وقد مضى تحصيلُ القول في ذلك في رسم باع شاة من سماع

عيسى ، ولو أراد أن يقرع بينهم على القول بأنه يختار كان ذلك له ، ولو أراد أن يختار على القول بأنه يسهم بينهم لم يكن له ذلك وبالله التوفيق .

مسألـــة

قلت : فلو أن رجلاً قال وهو مريض وسمى ثلاثة رجال غُيَّبٍ : أولُ من يقدم منهم فهو وصي فقدموا كلهم فقال ينبغي للسلطان ان يختارَ وَاحِدَاً عدلاً .

قال محمد بن رشد : هذا على قياس قوله الذي رجع اليه في المسألة التي قبلها إنه يختار واحداً من العبيد في العتق .

ويأتي على قياس القولِ بأنهم يعتقون كلهم أنهم يكونون أوصياءَ كلهم ، ولا يبعد أن يقرع بينهم إذَا استوت احوالُهُم ولم يظهر أَنَّ بعضَهم أولى بالإيصاء من بعض على قياس القول بالقرعة بين العبيد في العتق وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال : وسألتُ ابنَ القاسم عن الرجل يقول لغلامه إنْ جئتَني بدينار كل شهر حتى أموت فأنت حر ، قال : أراه حراً في الثلث .

قلت له أفله أن يَبِيعَهُ ؟ ، قال : ما أحب ذلك ، وإن رهقه دين ؟ .

قال محمد بن رشد : قوله أراه حراً في الثلث معناه إن جاءه بالدينار كلَّ شهر حتى يموت ، لأنه إنما جعل له العتق بعد موته على هذا الشرط ، واستحب أن لا يبيعه إلَّا أن يرهقه دين من ناحية الوفاء بالعهـد إذْ لم ير ذلك واجباً عليه كالتدبير من أجل الشرط الذي شهد عليه ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل ابنُ القاسم عن الذي يقول لجاريته إذا حملتِ فأنتِ حرة ، قال : إن كانت حاملاً فهي حرة ، وإن لم يتبين أوقِفَتْ وحيل بينه وبينها وأُوقِفَ خَرَاجُها ، فإن تبين حملُها عتقت وكان كلُّ ما أوقِفَ من خراجها لَهَا وإن حاضت ولم تكن حُبلى فإن شاء أن يبيعها باعها .

قال محمد بن رشد : أوجب ابنُ القاسم في هذه الرواية على القائل لجاريته إذا حملتِ فأنتِ حرة الحنثَ إن كانت حاملاً يوم قال لها ذلك ، والوجهُ في ذلك أنها حاملٌ أبداً فيما تبقى من حملها ، كالذي يحلف أن لا يسكن الدارَ وهو ساكن فيها أنه يحنث في التمادي في السكنى ، فقال إنها تعتقُ إن كانت يومئذ حاملاً ، ويوقف خراجُها إن لم يتبين حملها ، فإن تبين حملُها اعتقت ودفع اليها ما وقف من خراجها ، وإن حاضت فتبين أنه ليس لها حمل باعها إن شاء ، فإن لم يبعها ووطئها وُقِفَ خراجُهَا أيضاً لاحتمال أن تكون قد حملت من هذا الوطء ، فإن حاضت أُخَذَ خراجَها ، وكذلك يفعل ، يُوقَفُ خراجُهَا كلما وطئها فإن حاضت أخذ كلما وقف من خراجها ، وإن لم تحض وتبين بِهَا حمل اعتقت ودفع اليها ما وقف من خراجها ، وهو مذهبُهُ في المدونة وخلافُ قول سحنون فيما حكى عنه ابنُ عبدوس من أنَّ من قال لزوجته وهي حامل إذا حملتِ فأنت طالق إنها لا تطلق بهذا الحمل إلاَّ بحمل يُؤْتَنَفُ وقد مضى من قول ابن القاسم في رسم أسلم من سماع عيسى ما ظاهرُهُ مثل قول سحنون والكلامُ عليه هنالك مستوفًى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألــة

قال ابنُ القاسم في الذي يقطع يدَ غلامه فيموت السيدُ ولم يُحكم عليه فيه : إنه لا يعتق على ورثته ، وإن رُفِعَ أمرُهُ إلى السلطان

قبل أن يموت السيدُ عتق عليه إلا أن يكون على السيد دينٌ يحيط بماله .

قال محمد بن رشد : قولُهُ في الذي يمثل بعبده فلا يعتق عليه حتى يموت السيد لا يعتق على ورثته ، هو مثلُ ما تقدم في رسم يشتري الدورَ والمزراع ، ولا اختلاف فيه على المشهور من أنه لا يكون حراً بنفس المُثلة ، وقد مضى ذكرُ الاختلاف في ذلك في رسم الكبش من سماع يحيى .

وأما إن رفع أمره إلى السلطان قبل أن يموت السيد فقولُهُ انه يعتق عليه إلَّا أن يكون على السيد دينٌ يحيط بماله بَيّنٌ إن كان ذلك في مرضه إذ لا يعتق عليه في المرض بالمُثلة إلَّا من ثلثه ، وأما إن كان ذلك في صحته فالقياسُ أن يحاص الغرماء بقيمته إن كانت المُثلة عليه قبلَ ديونهم فيعتق منه بقدر ذلك ، لأن ذلك حقٌّ قد وجب له قبل ديونهم ، وكذلك إن كانت المُثلة عليه بعد ديونهم إذا لم يتهم على أنه إنما مثل به ليُعتَق عليه فيكونَ له ولاؤُه ولا يأخذَهُ الغرماء وقد مضى ما بيَّنَ هذا في رسم الكبش من سماع يحيى وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسألت أشهبَ عن العبد يكون للرجل وللعبد مالٌ فيقول له السيد أنت حر ولي نصف مالك ، أو يقول له نصفُك حر ولي نصف مالك ، فإن العتق جائزٌ وله ما اشترط من المال ، لأنه كان يجوزُ أخذُه ، قيل لأشهب : فإن كان عبداً بين ابنين أعتق أحدُهُما نصيبَه وهو موسر، واشترط مالَه فإن العتق جائز ويُقَوَّمُ عليه وليس له في المال شيء لأنه لم يكن له أَخذُ شيء منه .

قلت لأشهب فإن أعتق مُصِيبته[1] منه واشترط نصف ماله ؟

---

(١) في نسخة ق ٣ : فإن أعتق مصابته منه ، وهو الصواب .

قال : عتقه جائزٌ وليس له من المال شيء .

قال محمد بن رشد : هذا كله بين على ما قاله ، لأن العبد إذا كان جميعُه له فله أَنْ يستثني مالَه أجمع أو ما شاء منه إذا أعتقه أو اعتق شقصا منه ، لأن له أن ينزعه منه كله أو ما شاء منه دون أن يعتقه ، فإن كان إنما أعتق منه بعضَه فيعتق عليه جميعُه ويكون له ما استثنى من ماله .

وأما إذا كان العبدُ بينه وبين آخر فلا يجوز له إذا أعتقَ نصيبَه منه أَنْ يستثني ماله ولا شيئاً منه موسراً كان يُقَوَّمُ عليه أو معسراً لا يقوم عليه لعسره ، إذ ليس لأحد الشريكين أن يأخذ في العبد من ماله شيئاً دون إذن شريكه ، ويقوم عليه إن كان موسراً ويكون المالُ للعبد ، وإن كان مُعدماً بقي نصفُه رقيقاً ، وأُقِرَّ جميعُ مال العبد بيده .

ولو أعتق أحدُ الشريكين في العبد حَظهُ منه على أن يكون له ماله كله أو بِقدر حصَّته منه بإذن شريكه لَجَازَ ذلك موسراً كان أو معسراً ، فإن كان موسراً قوم عليه وكان له ما استثنى من ماله أو جميعُه إن كان استثنى جميعه ، وإن كان معسراً بقي نصفه رقيقاً وأقر ما بقي من ماله إن كان المعتق لنصيبه لم يستثن جميعَه ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل ابنُ القاسم عن الرجلِ يقول لجاريته إن جئتني بمائة دينار إلى سنة فأنتِ حرة فتلد قبل السنة وتأتي بالمائة هل يعتق ولدها ؟

قال : لا يعتق ولدُها ، وكذلك قال مالك ، وليس له أن يبيعها حتى تنقضي السنة وتؤجل فلا تأتي بشيء ، وكذلك إذا أعتقها في وصية وهي حامل بعد موته فولدت قبل موت السيد ، قال مالك : لا

يعتق ولدُها ورواها يحيى من كتاب الصُّبرة وزاد فيها .

قال محمد بن رشد : قوله إن الولدَ لا يعتق بعتقها خلافُ نص قوله في المدونة ، فعلى هذه الرواية في أن ولدها لا يدخل معها لا يلزم ورثَته ذلك بعد موته ، وعلى ما في المدونة من أنَّ وُلْدها يدخلون معها يلزم ورثَته ذلك بعد موته ، فقوله في هذه الرواية خلافُ ما تقدم في رسم إنْ خرجت من سماع عيسى ، وخلافُ ما يأتي في سماع عبد الملك من أن ذلك يلزمهم ، وقد مضى في رسم الصُّبرة من سماع [يحيى](٨) تحصيل القول في هذه المسألة والكلامُ عليها مستوفى فلا معنى لإعادته ، وبالله التوفيق .

مسألـة

قال وسئل ابنُ القاسم عن المجوسي إذا أسلم ولده قبل أنْ يُقْسم ماله أو النصراني فيموت فلا يقسم ماله حتى أسلم وُلْدُه أو بعضُهم كيف يَقْتَسِمُون ؟ أقَسْمَ الإسلام أو الشرك ؟

قال : قَسْمَ الشرك ، وإنما ذلك في المجوس الذين ليسوا بأهل ذمة ، فإن أسلم أولادُ أُوْلائك قبل أنْ يقتسموا الميراثَ قُسِمَ على قَسْمِ الشرك ، ثم قال : ألا ترى إلى الحديث : **سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الكِتَابِ** ؟ إنما ذلك في المجوس من أهل الذمة .

قال محمد بن رشد : قولُه وإنما ذلك في المجوس إشارةٌ منه إلى الحديث الذي جاء : **أَيُّمَا دار قسمت في الجاهلية فهي على قسم الجاهلية** وأيما دار أدركها الإسلامُ ولم تُقْسَم فهي على قَسْمِ الإسلام ، يقول إنما الحديثُ في المجوس الذين لا ذمة لهم هم الذين تقسم مواريثهم إذا أدركها الإسلام قبل القَسْم على قسم الإسلام ، وَأَمَّا المجوسُ الذين لهم ذمة فتقسم

---

(٢) زيادة من نسخة ق ٣ .

مواريثهم وإن أسلموا قبل قسمتها على دينهم كاليهود والنصارى من أهل الذمة ، وذلك خلافُ مذهبه في المدونة في أن الحديث إنما هو في المجوس كانت لهم ذمة أو لم تكن ، تقسم مواريثُهم إذا أدركها الإسلام قبل القسم على قسم الإسلام ، وروى أشهب عن مالك وهو قول ابن نافع وغيره من كبار أهل الذمة أن الحديث على عمومه في المجوس وأهل الكتاب من اليهود والنصارى ، كانت لهم ذمة أو لم تكن ، تقسم مواريثُ جميعهم إذا أدركها الإسلام قبل القسم على قسم الإسلام ، قيل إذا أسلموا كلهم ، وأما إن أسلم بعضُهم فيقسم بينهم على قسم دينهم ، وقد وقف مالك في رواية أشهب عنه إذَا أسلم بعضهم فقال لا أدري ، وقيل سواء أسلموا كلهم أو بعضُهم يقسم بينهم على قسم الإسلام ، وهو قول عمر بن عبد العزيز في المدونة على ما جاء عنه من أن ناساً مسلمين ونصارى جاؤ وه من أهل الشام في ميراث بينهم فَقَسَمَ بينهم على فرائض الإسلام .

ولكلا القولين وجه ، **فوجه القول الأول** أن حق من لم يسلم منهم لا ينتقل بإسلام من أسلم منهم **ووجه القول الثاني** إتباعُ ظاهر قوله في الحديث أدركها الإسلام إذ لم يفرق فيه بين أن يسلموا كلهم أو بعضهم **فيتحصل** في المسألة ثلاثة أقوال تتفرع إلى ستة على ما بيناه وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل ابن القاسم عن الذي يُشَقُّ جوفُه أو أمعاؤُه أو يُذْبَحُ فهو فيما هو فيه حتى يموت بعض ولده أَتُورِّثُه ؟ قال : نعم ، إلا المذبوح فإنه لا يورث ، وأما الذي يشق جوفه فعمرُ بن الخطاب في ذلك حجةٌ .

قلت : فإن قتله رجل في تلك الحال أيقتل به ؟ قال : لا .

قال محمد بن رشد : أما المذبوحُ فلا اختلاف في أنه لا يورث مِمَّنْ

مات ولا يقتل من أجهز عليه ، وأما الذي تَنْفُذُ مقاتلُه فَفرَّقَ في هذه الرواية بين توريثه مِمَّنْ مات والقصاص ممن قتله ، وقد قيل إنه يقتل به من قتله وهو قولُ ابن القاسم في رواية أبي زيد عنه في كتاب الديات ، والقياس أن لا يفرق بين القصاص والميراث فيورث ممن مات على قياس رواية أبي زيد ، ولا يورث ممن مات على قياس قوله في هذه الرواية إنه لا يقتل به من قتله ، وهو قولُ أشهب إنه لا يقتل به إلا الأول ، فهي قولان وتفرقة ، ويدخل هذا الاختلافُ أيضاً في البهيمة تنفَذ مقاتلُها وحياتُها باقيةٌ هل تصح تذكيتها أم لا ؟ والمنصوصُ أن التذكية فيها لا تصح وهو الأظهر ، ولا اختلاف في إجازة وصية من أنفذت مقاتلُه لِمَا ثبت من فعلِ عمر بن الخطاب رضي الله عنه بحضرة جماعة الصحابة ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل ابنُ كنانة عن رجل أعتقَ ابنَ أمتِه من رجل عربي هل يثبت له ولاؤُه ؟ فقال : لا ، ولكن يصيرُ إلى نسب أبيه وعشيرته ، ولا يرثه الذي أعتقه وقال سحنون مثله .

قال محمد بن رشد : ظاهرُ قولِ ابن كنانة هذا أن من أعتق ابنَ أمته من رجل عربي لا يكون له ولاؤُه ولا يرثه هو ولا أحدٌ ممن يرث الولاءَ عنه من قرابته ، ويكون ميراثُه إن مات ولا وارث له يُعرفُ قُعْدُدُهُ من أبيه لِجماعةِ المسلمين ، وهو ظاهرُ ما وقع في كتاب العيوب من المدونة في الذي ابتاع أمةً فإذا نسبُها من العرب فأراد أن يردها من أجل أن العرب يجرون ولاءَها ، ولا يكون ولاؤها لولده ، ولذلك قال يحيى بن عمر واحتج بمسألة مالك في المدونة ، وإلى هذا ذهب ابنُ أبي زيد أيضاً ، لأني رأيت له قد قال في قول ابن كنانة هذا في العربي خاصة ، وقد قال بعضُ الأندلسيين فيما حكى عنه عبد الحق : جميعُ أصحاب مالك يُجمعون أن الولاءَ لمن أعتق ما لم يكن المعتَق من العرب فلا يكون لمن أعتقه ولاؤُه إلا أشهب فقال ولاؤُه لمن

أعتقه ، وقول أشهب هو الصحيح الذي لا يصح القول بخلافه ، لِأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: الولاء لمن أعتق(٣) ، ولم يفرق بين عجمي ولا عربي ، ويحتمل أن يُتَأَوَّل قول ابن كنانة فيرد بالتأويل إلى قول أشهب ، لأن الولاءَ لا يورث به إلَّا بعد انقطاع النسب فيكون معنى قوله إن الولاء لا يورث به في العربي إلا بعد انقطاع النسب فيكون معنى قوله إن الولاء لا يورث به في العربي إلا بعد انقطاع النسب ، وكذلك مسألة المدونة هي محتملة(٤) مثل هذا التأويل ، وبالله التوفيق .

من سماع محمد بن خالد من عبد الرحمن ابن القاسم

قال محمد بن خالد : سألت ابن القاسم عن الذي يقول عبدي حر إنْ فعلت كذا وكذا وله أَعْبُدٌ فيحنث فيما حلف فيه ، فيقال له : من أردت من رقيقك ؟ فيقول : ما أردت عبداً بعينه فيحلفُ على ذلك ، ثم يقال له أعتق مَنْ شئت من رقيقك فيموت من قبل أن يفعل . قال ابنُ القاسم : أرى أن يكون لورثته مثلُ ما كان له ، ويعتقون من أحبوا ، هذا أَحَبُّ القول إلي في ذلك .

قال سحنون : بلغني عن مالك أنه قال : يعتق ثلثُهم بالسهام إن كانوا ثلاثة ، وإن كانُوا أربعةً عتق رُبعُهم على هذا الحساب ، وأنا آخذ بقول ابن القاسم إذا اجتمعوا على عتق واحد ، وإن اختلفُوا أخذتُ بقول مالك .

---

(٣) متفق عليه عن ابن عمر ، وعن عائشة ، من حديث بريرة .

(٤) لعل الصواب : متحملة مثل هذا التأويل .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم باع شاة من سماع عيسى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألــة

قال : وسألت ابن القاسم على المُوَلّى عليه يحلف بيمين وهو مولى عليه فلا يحنث فيها وهي عتاقة حتى يبلغ حال الرضى فيحنث بها أيلزمه اليمين ؟ قال : لا ، وهو قول مالك .

قلت لابن القاسم : فالنصرانيُ والصبي والعبد كذلك ؟ قال : نعم إلا أن العبد أشدُّهم ، وذلك أن العبد إذا أعتق عبداً له بغير إذن سيده فلم يعلم بعتقه حتى عتق هو ، مضى عتق العبد عليه وكان ولاؤُه له ، قال ابن القاسم والمولى عليه إن كان قد أعتق عبداً له بغير علم وليه فلم يعلم بذلك الولي حتى وُلِيَ المولى عليه ماله فإنه يرجع في عبده إن شاء .

قال محمد بن رشد : هذه مسألةٌ قد مضى الكلامُ عليها مستوفى في رسم العتق من سماع أشهب فلا معنى لإعادته .

مسألــة

قلت لابن القاسم : فَالْمُولى عليه يستلحِقُ أَخاً له أيلزمه في ماله كما يلزم غيره ؟ فقال : لا .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه لِأنَّ نسبهُ لا يلحق بأبيه باستلحاقه إياه فإنما هو مقر له بمال ، وإقراره لا يجوز وبالله التوفيق .

مسألــة

قال : وسألته عن العبد يُعْتَقُ وله جاريةٌ فيتبعُه ماله والجاريةُ حامل ، فقال مالك الولد للسيد .

قلت لابن القاسم فإن العبد بعد أن أعتق وتبعه ماله أعتقَ الجاريةَ وهي حامل ؟ فقال ابن القاسم : لا يتم عتقُها حتى تضع ما في بطنها .

قلت لابن القاسم : هل تباعُ عليه في الدين بعد أنْ أعتق إذا كان عتقُه إياها في الحين الذي أعتق فيه جائزٌ فقال : لا ، وإنما ذلك بمنزلة الرجل يُعتِقُ عبدَه إلى أجل ثم يقوم عليه الغرماء بعد ذلك فلا يباع لهم في دينهم إذا كان يوم أعتقه جائز القضاء .

قال محمد بن رشد : قوله في الذي يعتق ولدَ أمة حامل إن الولد للسيد هو مثل ما في كتاب طلاق السنة من المدونة ، وإنما قال ذلك لأن ولدَ العبد من أمتِهِ بمنزلتِه ، فوجب أن يكون ما في بطنها رقيقاً لسيده وإن تَبِعَتْه الجاريةُ في الحرية لأنها مالُه ، ولا تكون له بهذا الحمل أمَّ ولد كما لا تكون له أُمُّ ولد بما ولدته له في حال العبودية إلا أن يملك ذلك الحملَ فتكون به أم ولد على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك لأنه عَتَقَ عليه بملكه إياه ، ولا تكون له أم ولد على مذهب أشهب ورواية ابن عبد الحكم عن مالك ، لأن الرق قد مسه في بطن أمه وأما ما ولدته في حال العبودية فلا تكون له به أم ولد باتفاق في المذهب خلافاً لأهل العراق .

واختلف قولُ مالك فيما ولدَته أمَةُ المدبر أو المكاتب في حال التدبير أو الكتابة هل تكون به أَمّ ولد أم لا على ثلاثة أقوال : أحدها الفرقُ بين المدبر والمكاتب .

وأما قوله إن عتقَها لا يتم إن أعتقها حتى تضع ما في بطنها فمثلُه في المدونة ، والوجهُ في ذلك أنه لا يصح أنْ تكون حرة وَمَا في بطنها رقيق للسيد ، فوجب أن يُوقف حتى تضع ، وتكون أحكامُها أحكامَ أَمَةٍ حتى تضع كالمعتقة إلى أجل ، واختُلِفَ إن أَخْلَفَهَا الحَمْلُ أو ماتت قبل أن تضع ، فقيل إن أحكامها أحكامُ حرة من يوم اعتقها العبد المعتَق ، وهو قولُ سحنون على القول بأنه لا يُحكَمُ للحمل حتى يُوضع في غيرِ ما وجه من اللعان والنفقة ووجوبِ الحرية للأمة يتوقف عنها سيدُها وهي حامل إذ قد قيل إنه لا يلاعن عَلَى الحمل حتى يوضع ، ولا يحكم بالنفقة للحامل المطلقة المبتوتة حتى يُوضع الحمل ، ولا تجبُ الخِدمةُ للأمة يتوفى عنها سيدها وهي حامل حتى تضع لاحتمال أنْ يَنْفَش الحملُ في ذلك كله ، والمشهور أنه يُحكم للحمل بظهوره في هذا كله ، فعلى هذا تكون أحكامُ هذه الأمة أحكامَ أمةٍ على كل حال كالمعتقة إلى أجل وإن أخلفها الحملُ أو ماتَ قبل أن تضع .

وقولُه إنها لا تباع في الدين بعد أن أعتق إذا كان عتقُه إياها في الحين الذي أعتقَ فيه جائزاً يريد إذا لم يكن عليه دين يوم أعتق صحيحٌ لأنه إن كان عليه دينٌ يوم أعتق فلابد من أن اتباع فيه ، إذ لا يجوز عتق المديان إلا أنها لا تُباع حتى تضعَ ما في بطنها فيأخذ السيدُ الولدَ على ما قاله في المعتق إلى أجل سواء انه إن كان يومَ أعتقه جائز القضاء ، يريد لا دينَ عليه لم يعتق ، وإن كان عليه دينٌ يوم أُعتق بِيعَ ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال محمد بنُ خالد : قال ابنُ القاسم في الرجل يتوفى ويترك أولاداً وُلِدوا في إسلامه وأولاداً صغاراً وُلدوا في نصرانيته : إنَّ مالَه يوقف حين يبلغ وُلْدُهُ النَّصاري ، فإن أسلموا ورثوا ، وإن لم يُسلموا كان الميراثُ للمسلمين من وُلْدِهِ .

قال محمد بن رشد : ظاهر قول ابن القاسم في هذه الرواية خلافُ نص قوله في النكاح الثالث من المدونة أن النصراني إذا أسلم وله ولْدٌ صغار بنو خمسِ سنين أو ست أو نحو ذلك مما لم يعقِلوا دينَهم النصرانية فهم مسلمون ولهم الميراث . قال سحنون : وكذلك يقول أكثر الرواة إنهم مسلمون بإسلام أبيهم ، وقد حكى ابن حبيب عن ابن القاسم ان من أبى الإسلام من الصغار يومَ أسلم أبوهم يُجبرون على الإسلام بالضرب والسجن ، ولا يبلغ بهم القتل بعد البلوغ ، وهو مثلُ ظاهِر قوله في هذه الرواية ، ومثلُ ما حكى في المدونة من أنه كُتِبَ إلى مالك من بلد آخر وهو قاعد عنده في رجل أسلم وله وُلْدٌ صغارٌ فأقرهم أبوهم حتى بلغوا إثني عشر سنة أو شِبه ذلك فأبوا أن يسلموا أَتَرَى أن يُـجبروا على الإسلام ، فكتب إليهم مالك أن لا يجبرهم ، والمشهورُ عن مالك المنصوصُ عليه في المدونة وغيرها أنَّهم مسلمون بإسلام أبيهم إذا كانوا صغاراً لم يعقلوا دينَهم يوم أسلم ، ومثلَه حكى ابنُ حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون ، وقالا إنه قولُ مالك وجميع أصحابه بالمدينة ، وهو أصح القولين ، يشهد بصحتِه ظاهرُ قول النبي صلى الله عليه وسلم : « كُلُّ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَى الفِطْرَةِ فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ أَوْ يُنَصِّرَانِهِ »(٥) ولنا في التكلم على هذا الحديث مسألةٌ مستغرقة لجميع معانيها في الوقوف عليها بيانُ صحة الاستدلال به على صحة هذا القول .

والأُمُّ في هذا بِخلاف الأب ، وقد حكى ابنُ حبيب في الواضحة عن مطرف وابنِ الماجشون أنهما قالا له وقد روى وجاءت به الآثار أن إسلام الأم إسلامُ للوُلد الصغار .

فيتحمل في المسألة ثلاثة أقوال أحدها أن الوُلْد الصغار مسلمون بإسلام من أسلم من الأبوين **والثاني** أنهم لا يكونون مسلمين بإسلام من أسلم منهما ،

(٥) الحديث بطوله في كتاب **نيل الأوطار** الجزء السابع تحت باب تبع الطفل لأبويه في الكفر ولمن أسلم منهما في الإسلام وصحة إسلام المميز .

والثالث أنهم يكونون مسلمين بإسلام الأب منهما دون الأم ، ويحتمل أن يريد ابن القاسم بالولد الصغار في هذه الرواية الذين لم يبلغوا الحلم وقد عقلوا دينهم ، فيكون قولُه فيها على هذا التأويل مثلَ قوله وروايته عن مالك في المدونة في الذي أسلم وله بنون حزاورة(٥م) أن المال يوقف إلى أن يبلغوا الحلم ، فإن أسلموا ورثوه ، وإن لم يسلموا لم يكن لهم فيه حق ، ولا اختلاف بينهم إذا كانوا حزاورة قد عقلوا دينَهم يوم أسلم أبوهم لا يكون إسلامهم في إسلامه ، وإذا لم يكن إسلامُهم في إسلامه فالصحيح ما ذهب إليه ابنُ الماجشون وحكاه عن مالك مطرفُ وابنُ الماجشون وجماعة أصحابهم بالمدينة من أنه لا ميراث لهم وإن قالوا نحن على الإسلام ، لأنهم كمن دخل الإسلام بعد موت أبيه ، واختلف إذا أسلموا قبل البلوغ وهم حزاورة قبل أبيهم أو دونه هل يُعَدُّ إسلامهم قبلَ البلوغ إسلاماً يقتلوا عليه إن رجعوا عنه بعد البلوغ وثبت لهم به جميعُ أحكام الإسلام أم لا ؟ فذهب سحنون إلى أنه لا يعد إسلامهم قبلَ البلوغ إسلاماً يقتلون عليه ولا يتوارثون به ولا توطأ به الأمة المجوسية ، وهو ظاهر ما في كتاب التجارة إلى أرض الحرب من المدونة ، لأنه قال فيه إنهم يجبرون على الإسلام ولم يقل إنهم يقتلون عليه ، وفي كتاب النكاح الثالث منها دليلٌ على أنهم يقتلون إن رجعوا عن الإسلام بعد البلوغ إلا أنه قال في المسألة إنه لا يُفرَّق بينه وبين امرأته المجوسية بهذا الإسلام إلا أن يثبت عليه حتى يبلغ ، فهو يُضْعِفُ الدليلَ على قتله إن رجع بعد البلوغ ، ومن قوله في المدونة أنه يَطَأُ به الأمةَ المجوسية ، فهو اضطرابٌ من قوله فيها ، والأصحُّ أنه إسلام يحكم له بحكمه في جميع الأشياء ويقتل عليه إن رجع عنه بعد البلوغ بدليل إجماعهم على أنه يصلي عليه بهذا الإسلام ويباع به العبد على سيده . قال سحنون وتقع به الفُرقة بين الزوجين إذا كانت هي التي أسلمت ، كما يُباع به العبدُ على سيده ، بخلاف إذا كان هو الذي أسلم وزوجته مجوسية ، واعترض ابنُ عبدوس ذلك من قوله فقال كيف تقع الفُرقة بإسلامها

(٥ م) الحَزَاوِرَةُ جَمعٌ مفردُهُ الحَزْوَرُ والحَزَوَّرُ : الغلام إذا اشتد وقوي .

ولا تقع بإسلامه في صغرهما ، وكذلك قال أبو اسحاق التونسي ليس بينهما فرق ، وما الفرقُ بينهما إلا بَيّنٌ ، وهذا أن للإسلام حُرْمةً وإن كان قبل البلوغ فعليه إذا أسلمت ضرر في البقاء في عصمته كافر ولا ضَرَر عليه هو إذا أسلم في البقاء على عصمة كافرة ، وكذلك يقول سحنون : إن الإرتداد قبل البلوغ لا يعتبر به يرث ويورث بوراثة الإسلام ، كما لا يعتبر إسلاَمُه عنده قبل البلوغ ويورث بوراثة الكُفْرِ وبالله التوفيق .

من سماع عبد الملك وسؤاله ابن القاسم

قال عبدُ الملك بنُ الحسن : وسئل ابنُ القاسم وأنا أسمعُ عن رجل قال لغلامه متى ما جِئْتَنِي بمائة دينار فأنت حر ، فأراد بيعَه قال : فليس ذلك له حتى يرفعَ أمرَه إلى السلطان فيلوم له أو يعجزه فيصير رقيقاً له ، فقال له فإن مات السيدُ قبل أن يأتي العبدُ بالمائة التي جعل له على نفسه هل يلزم ورثَته ما كان يلزم أباهم أو يكون رقيقاً لهم ؟ فقال : بل يلزمهم مثلُ ذلك حتى يرفعوا أمرَهم إلى السلطان فَيُتَلَوَّمُ لَه أو يعجزه ، والورثةُ في هذا بمنزلة أبيهم .

قال محمد بن رشد : قول ابن القاسم في هذه الرواية إن ذلك يلزم ورثةَ السيد كما يلزم السيدَ خلافُ ما تقدم من قوله في رسم الصُّبرة من سماع يحيى في أنَّ الوُلْد لا يدخلون مع الأمة في ذلك إن كَاتَبَ الأمة لأنه إن حُكِم لهذا القول بحكم الكتابة لزم ذلك الورثَةَ ودخل في ذلك الولد وهو مذهبه في هذه الرواية ، وإن لم يُحكم له بحكم الكتابة لم يلزم ذلك الورثةَ ولا دخل فيه الوُلْدُ ، وقد مضى القول على ذلك مستوفى في رسم الصُّبرة المذكور من سماع يحيى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل وأنا أسمع عن رجل كان له مدبر فحضره الموت فقال : أَقْرِعُوا بين فلان وفلان يُرِيد المدبَر وآخرَ من عبيده ، قال : يقرع بينهما كما قال ، فإن وقع على المدبر لم يكن للآخر عتق ، وإن لم يقع على المدبر ووقع على الآخر فحملهما جميعاً الثلثُ عَتَقَا جميعاً ، وان لم يحملهما الثلثُ بدىء بالمدبر ثم عتق من الآخر الذي وقع عليه السهم ما بقي من الثلث ، وأخبرني محمدُ بن خالد عن عبد الملك بن عبد العزيز مثلَه سواء .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، إذْ ليس للرجل أن يرجع فيما دبر فإن وقع السهمُ على المدبر خرج الآخرُ عن الوصية ، وإن وقع على الآخرِ بدِّيء المدبرُ في الثلث، ثم أُعتِقَ هو في بقية الثلث أو ما حمل باقي الثـلث منه ، فإن لم يكن في الثلث فضلٌ عن قيمة المدبر لم يكن للآخر عتق ولا احتيج في ذلك إلى قرعة ، والمسألةُ متكررة في أول رسم من سماع أصبغ من كتاب الوصايا ، وقد مضى في رسم بع ولا نقصان عليك من سماع عيسى من هذا الكتاب إذا قال أعتقوا أحدَهُما ولم يقل أقرعوا بينهما وأنَّ الحكم في ذلك أن يقرع بينهما على نصف قيمتهما حسبما مضى بيانُه فلا معنى لإعادته .

مسألـــة

قال : وسئل عن رجل يقول لعبده : أخدم ورثتي سَنَةً ثم لك سنة أخرى تأتي فيها بوصيفٍ ثم أَنت حُرٌّ ، فأتى بالوصيف بعد السنة بشهرٍ أو نصف شهر أو أكثر من ذلك ، فقال : يعتق .

قال محمد بن رشد : هذا بَيِّنٌ على ما قاله ، لأنها وصية للعبد بالكتابة على هذا الوجه ، فإن حملها الثلث تَمَّتْ له الوصيةُ وعتق إذا خدم السنة وجاء بالوصيف ، وإن أتى به قبلَ تمام السنة الثانية ولو أَتى به في السنة الأولى لعتق بتمامها ، لأن الأجل إنما مرفقه للعبد كالمكاتب إذا عَجَّل كتابتَه قبل الأجل ، ولو انقضت السنة الثانيةُ ولم يأت بالوصيف لتُلُوِّمَ له في الإتيان به كما يتلوم للمكاتب في كتابته إذا حلت ، فإن لم يأت به وعَجَّزَهُ السلطانُ كان رقيقاً للورثة ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل وأنا أسمع عن الرجل يُوصي عند موته فيقول : لغلامي فلان شهر من كل سنة ، فقال : يُعتَقُ منه جزءٌ من اثني عشر جزءاً .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، لأنه جعله شريكاً للورثة في نفسِه بذلك القدر ، فوجب أن يكون منه ذلك القدرُ حراً كما لو نص على حريته ، والله الموفق .

مسألـــة

قال : وسألتُ عبد الله بنَ وهب عن العبد يكون معروفاً بالإِبَاقِ فيرسم سيدُه في جبهته عَبْدُ فلان ، هل ترى هذا مُثْلَةً ؟ قال : نعم ، هي مُثْلَةٌ وأرى أن يعتق عليه .

قلت : فلو رسمه بمداد وإبْرَةٍ كما يفعل الناسُ في أيديهم وأجسادهم ؟ قال يعتق عليه . قال : وسألت عنها أشهبَ فقال : لا يعتق عليه .

قال محمد بن رشد : إنما قال ابنُ وهب إنه يعتق عليه إتباعاً لظاهر

قول النبي عليه السلام « مَنْ مَثَّلَ بِعَبْدِهِ أو أحرقه بالنَّارِ فهو حر »(٦) إذْ عَمَّ صلى الله عليه وسلم ولم يَخُصَّ مُثْلَةً من مُثْلَةٍ ، وهذه مثلة ، وإنما قال أشهب إنه لا يعتق عليه لأن قوله صلى الله عليه وسلم خَرَجَ بسببٍ ، وهو ما فعله زنباع بعبده سندر من جَبِّهِ وجذع أُذنيه وأنفه إذ وجده يقبل جاريةً له فَقَصَرَ الحديثَ على سببه وهي المثلة بقطع عضو من الأعضاء ، وقد اختلف في اللفظ العام المستقل بنفسه الواردِ على سبب هل يُقْصَرُ على سببه أو يحمل على عمومه ، فاختلافُهما في هذه المسألة راجعٌ الى هذا الأصل ، وقول أشهب في هذه المسألة أظهر ، لأن الأصل أنْ لا يخرجَ مِلْكُ أحد من يده إلا بيقين ، ولا يقين في هذه المثلة للإحتمال في الحديث ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن الرجل يقول اشهدوا أنَّ أمَّ ولدي قد اعتقتْ رقيقَها أو قد حنثت فيهم بالعتق وهي تجحد ، قال : إن كان السيد صحيحاً فذلك عندي انتزاع ، وهم أحرار ، وإن كان مريضاً لم يقبل منه .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، إذ لا وجه للإشهاد على فعلها إلَّا إرادة إلزامها ذلك ، وإذا ألزمها ذلك فقد انتزعهم منها وأعتقهم ، فوجب أن ينفذ ذلك عليها في الحال الذي يجوز له فيه انتزاعُ مـالها وبالله التوفيق .

---

(٦) رواه سمُرة بن جُندب وأبو هريرة بلفظ مَنْ مثَّل بِعَبْدِهْ عَتَقَ عَلَيْهِ ، رواه ابن الأثير في الجامع ، ذكره الإمام الشوكاني .

من سماع أصبغ من ابن القاسم من كتاب البيوع

قال أصبغ بنُ الفرج : سمعت ابنَ القاسم يقول لو أَنَّ رجلًا له عبد ولعبده عبدٌ فغَضِبَ الرجلُ على عبده فوهبه لعبده نفسه جاز ، وإن كانت جاريةً وطئها العبد الموهوبُ له ، ولو كانت لرجل جاريةٌ وللجارية عبدٌ فوهبها لِعَبْدِها جاز ، وَوَطِئَهَا العبدُ إن شاء .

قال محمد بن رشد : في الثمانية لأبي زيد عن ابن الماجشون أَنَّه يعتق الأسفل إذا ملك سيده الأعلى ، ووجه قوله أنه إنما ملك سيده كان له أن ينتزع نفسه منه إذ للسيد انتزاعُ مال عبده ، وإذا ملك نفسه بالإنتزاع كان حراً ، وابنُ القاسم لا يرى لواحد منهما عتقاً ، وقولُه أظهرُ إذ لا يستقيم مِلْكُ العبد لسيده فيكون كلُّ واحد منهما مالكاً لصاحبه ، فهبتُه له لا تصح إلَّا بعد أن ينتزعه منه فيصيران جميعاً له .

وقولُه وإن كانت جارية وطئها العبدُ الموهوب هو قوله بعد ذلك بعينه ولو كانت لرجل جارية وللجارية عبد فوهبها لعبدها جاز ، ووطئها العبدُ إن شاء فلا وجه لتكريره ، فلو قال ولو كان لرجل عبد وللعبد جارية فوهبه لها لحرمت عليه لكان وجهَ الكلامِ لتَبْيين أنها تحرُم عليه إذا وُهِبَ لها كما تحل إذا وهبت له ، وإنما تحل له إذا وُهِبَتْ له إن كانت هبةً صحيحة يشبه إن وُهِبَ مثلُها لمِثْلِهِ على ما قاله في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح ، وفي رسم الطلاق الثاني من سماع أشهب منه وبالله التوفيق .

ومن كتاب الوصايا

قال : وسئل ابنُ القاسم عن رجل قال لغلامه : إعمل على

هذه الدابة فإن ماتت فأنت حر ، فمات السيد قبل الدابة ، قال فهو كما قال ، وليس يُعتق إلاّ إلى موت الدابة ، فإن ماتت الدابةُ قبل موت السيد فهو حر ، من الثلث ، فإنما هو بمنزلة رجل قال : اخدُم فلاناً ما عشتُ أنا ، فإن مات فلانٌ قبلي فأنت حر ، فإن متُ قبلَ فلان فأنت حُرٌ إلى موته ، فإن مات السيد قبل فهو حر من الثلث . قال أصبغُ يبين ما قال : وما نَاظِرٌ فليس ذلك له بنظيرٍ ولا حجةٍ ، والنظيرُ صوابٌ في ذاته ، لأن ذلك استثناءٌ وقيد بعضَه ببعض فله ثُنياه التي عليها وضع ، وأن الأول أعتِق إلى آجالٍ مُهمة كالذي يقول أنت حر الى موت فلانٍ أو عن دبر فلانٍ بخدمتِك لفلان أو بغير خدمته ، فهو أجلٌ أعتقه اليه لا يرجع فيه ، وهو من رأس المال ، والانسانُ والدابةُ في ذلك سواء ، وهو من رأس المال إن مات السيدُ قبل ذلك أو بعدَ الدابة قبلُ أو بعدُ ، قال أصبغ قال لي ابن القاسم : وللورثة أن يبيعوا الدابة بموضع لا يغيب عِلْمُها .

قيل أرأيتَ إن قتلَ العبدُ الدابةَ خطأ أو عمداً ؟ قال : إن قتل العبدُ الدابةَ خطأ عُجِّلَ له العتق ، وإن كان عمداً لم يُعجل ، وَخَدَمَ الى قدر ما تُعَمِّرُ اليه الدابة ، وكذلك إن بيعت وغاب عليها وقاله أصبغ .

وسئل سحنون عن رجل قال لغلامه أنتَ حر بعد موت حماري ، فعمل الغلامُ على الحمار وحمل عليه فوق طاقته وَعَنَّفَ عليه حتى مات الحمارُ قال : نعم ، قيل له فلو لم يحمل عليه فوق طاقته ولكنه قتله قتلاً ، فقال أرأيت لو أَنَّ أُمَّ ولد قتلتْ سَيِّدَهَا ؟ فقلت له : عمداً قتلته ؟ قال : نعم ، فقلت له : تقتل به ؟ قال : نعم ، قال : فإن سامحها أولياءُ القتيل فقيل له تعتق وليس ما جنت بالذي

يَحُلُّ عنها ما عقد لها من العتق القوي ، وليست كالمدبرة تقتل سيدها ، قال : فكذلك الذي سألت عنه من قاتل الحمار يعتق مكانه لأنه معتق إلى أجل ليس له بيعه ولا يلحقه الدينُ فَلَيْسَ كالمدبر أَلاَ ترى أَنَّ المدبرَ إنما يعتق من الثلث ويلحقه الدين وَيَتَسَلَّطُ عليه الغرماءُ بعد الموت .

قيل له : فهل على هذا العبد قيمة الحمار ، إذا أعتق ؟ فقال : أما أنا فلا أرى عليه شيئاً ، وأما على مذهب ابنِ القاسم قد أخبرتُك أنَّ المدبر والمعتَق إلى أجل اذا جنى أحدُهما على السيد أن السيد يختدمه ، وفي رواية ابنِ أبي زيد المصري قال ابنُ القاسم في رجل قال لغلامه أنت حر بعد موت دابتي قال : فليس له إلى بيع الغلام سبيل لأنه مرتهن بيمين ، قيل له : فإن هلك سيدُ العبد ؟ قال : يكون العبدُ موقوفاً حتى تموت الدابةُ ، ولا سبيل لِلورثة إلى بيعه ، قيل له : أفيبيعُ الورثةُ الدابةَ إن شاءوا ؟ قال : نعم ، بموضع يعرف فيه هلاك الدابة .

قال محمد بن رشد : قولُ ابن القاسم في الذي يقول لغلامه إعمل على هذه الدابة فإذا ماتت فأنت حر إنه يكون حراً من الثلث إن مات السيدُ قبل الدابة مخالفٌ للأصول لأنه معتق إلى أجل هو آت على كل حال ، ولا اختلاف في أن المعتَق إلى أجلٍ حر من رأس المال وجبت له الحرية بانقضاء الأجل قبل موت السيد أو بعد موته ، وكذلك المسألة التي نظَّرَهَا بها ، وهو قولُ الرجل لغلامه أخدم فلاناً ما عشتُ أنا ، فإن مات فلانٌ قبلي فأنت حر ، وإن متُ قبل فلان فأنت حر الى موته ، قولُه فيها أيضاً إنه حر من الثلث إن مات السيدُ قبلَ فلان مخالفٌ للأصول ، والصوابُ أنه حر من رأس المال على كل حال مات السيدُ قبلَ فلان أو بعده لأنه معتق إلى موت فلان ، وقولُ أصبغ

والنظيرُ صواب في ذاته ليس بصوابٍ ، إذ لا فرق بين المسألتين ، لأنه إذا قال أخدم فلاناً ما عشت أنا فإن مات فلانٌ قبلي فأنت حر وإن مت قبل فلان فأنت حر الى موته فهو في المعنى كما قال له أنت حر إذا مات فلان وله خدمتُك حياتي ، فإذا كان هذا هو المعنى المفهوم من اللفظ فالحكمُ له دون اللفظ .

وقولُ ابن القاسم إذا قتلَ العبدُ الدابةَ التي جعل حراً بعد موتها : إنه لا يعجل له العتق ويخدم إلى قدر ما تُعَمَّرُ اليه الدابة هو الصواب ، وقول سحنون إنه يعجل له العتق بَعيدٌ ، وقياسُه ذلك على أم الولد تَقْتُلُ سيدَها ليس بصحيح ، لأن أم الولد إنما فيها من الرق ما لسيدها فيها من الاستمتاع ، وهو يبطل لقتلها إياه كما يبطل بموته إذ يستحيل أن يستمتع بها بعد موته أو قبله ، فاذا بطل بقتلها إياه وجبت حريتُها ، والخدمةُ التي له في العبد إلى موت الدابة ليس للعبد أن يُبْطلها على السيد فيستعجل حريته بقتله إياها فوجب أن يستوفيها بعد قتله للدابة إلى القدر التي تُعَمَّرُ إليه ، إذ ليس بِمُستحيل ، وكذلك يجب لو أعتق رجل عبدَه إلى موت رجل فقتل العبدُ ذلك الرجل أن لا يعتق إلاَّ إلى حدِّ تعميره ، ومسألةُ المدبر يَقتل سيدَه هي التي تُشبه هذه المسألة مسألة أم الولد ، لأن المدبر لَمَّا أراد أن يتعجل العتقَ من ثلث سيِّده بقتله إياه حُرِمَ ذلك ، وهذا إذا أراد أن يتعجل العتق بقتله للدابة ، فوجب أن يُحْرم ذلك كما يُحْرَمُ قاتلُ العمدِ الميراثَ لِمَا أراد من استعجاله إياه قبل وجوبه له ، وقد رأيت لابن دحون أنه قال : الصوابُ ما قال سحنون إنه إذا قتله متعمداً أن يعتق ويختدمه السيدُ أو ورثتُه بقدر الجناية عند ابن القاسم ولا يعمر الحمار ويخدم العبد قدر ما بقي من عمره لأنه لَما قال له أنت حر إلى موت حماري فمعناه إلى موته بأجله الذي قدَّره الله له ، فالله جل ذكره قد سبب موتَ الحمار بتعدي العبدِ عليه ، فقد مات الحمار بأجله ، فالعبدُ يعتق والجِنَاية تلزمه عند ابن القاسم ، وعلى قول سحنون وأشهب لا شيء عليه في الجناية ، وليس قولُ ابنِ دحون بشيء ، لأن الدابة وإن ماتت بأجلها إذا قتلها فقد تَعَدَّى بقتله إياها فوجب أن لا يبطل

بذلك حقٌّ سيده ، باختدامه إياه الى حين موتها ، كما لا يبطل حقُّ من أخدم عبداً حياته بقتل من قتله متعمداً من أجل أنه مات بأجله ، إذ ليس ذلك بعلة ، ولو صَحَّ أن يكون ذلك عِلَّة لَمَا وجب القصاصُ على من قتل عمداً ولا لزم من قتل عبدَ رجل شيءٌ ولكان لقاتل العمد ميراث من قتل عمداً .

وقولُ ابن دحون أيضاً ويختدمه السيدُ أو ورثتُه بقدر الجناية ليس بصحيح ، إذ لو وجب أن يعتق على مذهب ابن القاسم لَمَا كان له ولا لورثته أن يختدموه بقدر الجناية كما قال ، لأن الذي عليه قيمةُ الدابة فلا يجوز أن يختدم بها ، إذ لا يختدم الحرُّ في الدين ، وإنما يؤخذ من ماله أو يُتَّبَعُ به ديناً في ذمته إن لم يكن له مال ، ولو قتل الدابةَ أجنبي عمداً أو خطأً لعتق العبد مكانه ، قال ذلك في كتاب ابنِ المواز ولا اختلاف في ذلك وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال في رجل أوصى فقال إن مت فغُلامي حُرٌّ وإن صححتُ فغلامي فلان لغلام له آخر حر، فمات، فَأَقَامَ أحدهما شاهدين أنه مات وهو صحيح وقد صح وأقام الآخرُ شهوداً أنه هلك من مرضه فأرى أن يعتق من كل عبد منهما نصفُه ، لأن العتق قد ثبت لواحد منهما ، ونحن لا ندري من هو منهما فيعتق من كل واحد منهما نصفه ، إلَّا أن يكون بعض الشُّهَدَاءِ أعدَل فيقضي للذي هو أعدلُ شهوداً ، قال أصبغ : بل أرى الشهادة شهادة الصحة ، وأراه أولاً وهو المثبت له الوصية إذا قطعوا الشهادةَ بصحته فهذا علم يغلب على علم الآخرين ، كما لو شهد عليه في مرضه بوصية فاجتمعوا على الوصية له وإن اختلفوا في الشهادة ، فقال بعضُهم صحيحُ العقل وقال الآخر غامر العقل ، فهم أولى لأنهم عَلِمُوا ما لم يعلم الآخرون .

قال محمد بن رشد : قولُ أصبغ في هذه المسألة إنَّ شهادة الصحة أعملُ أظهرُ من قول ابنِ القاسم لأنها علمت من صحته ما جهلتْه الأُخرى ، ومثل قول أصبغ لابن القاسم في سماع ابي زيد من كتاب الشهادات في التي مرضت فأوصت في مرضها ، فشهد شهودٌ أنها كانت صحيحة العقل وشهد آخرون أنها كانت موسوسة ، لأنه إذا قال في تلك إنْ شهادةَ الصحة أعمل فأحرى أن يقول ذلك في هذه ، وإذا قال في هذه أَنْ يُنْظَرَ إلى أعدلِ البينتين فأحرى أنْ يقول ذلك في تلك ، وقد ساوى أصبغُ بينهما في هذه الرواية .

فيتحصل في مجموع المسألتين ثلاثةُ أقوال أحدها أنه ينظر فيهما جميعاً إلى أعدل البينتين ، والثاني أن شهادة الصحة أعملُ فيهما جميعاً ، والثالثُ أن شهادة الصحة أعمل في اختلافهم هل صح من مرضه أو لم يصح ، وأنه ينظر إلى أعدل البينتين في اختلافهم هل كان في حين الوصية صحيحَ العقل أو غامر العقل ، وفي كل مسألة من هاتين المسألتين قولان ، ويتخرج في اختلافهم في حين الوصية هل كان صحيح العقل أو غامر العقل قولٌ ثالث ، وهو أن شهادة المرض أعملُ ، ولا يقال ذلك في اختلافهم هل صح من مرضه أمْ لَا ؟ فهذا وجهُ القول في هذه المسألة وقد مضى ذلك في سماع أبي زيد من كتاب الوصايا وبالله تعالى التوفيق .

مسألـــة

قال أصبغ : سئل ابنُ وهب عن أختين اشترتا أَبَاهُمَا فعتق عليهما وهما من حرة كانت أمهما حرة ، فتوفيت إحداهما فورثها أبوها ثم توفي الأبُ قال : تَرِثُ الثانيةُ النصفَ بالرحم والولادة ، وترث نصفَ النصف الباقي بالولاء ويبقى الربع . فلها النصفُ نصفُ هذا الربع الباقي لأن أباها جَرَّ ولاءَ ولده اليها ، لأنه حين عتق جَرَّ وَلَاءَ وُلْدِهِ بعضِهِمْ لبعض وكان مولاهما جميعاً بجر ولاء هذه الى هذه ، فصار لها ها هنا سبعة أثمان الميراث .

قيل له : أرأيت إن كانت إحداهما اشترته والأُمُّ حرة فتوفي الاب ؟ قال : يرثان الثلثين بالرحم ، وما بقي للتي أعتقته بالولاء .

قيل له : فتوفيت الآن بعدَ التي لم تشتره بعدَ الأَبِ وبقيت التي كانت اشترته ؟ قال : فلها كلُّ شيء بالرحم والولاء .

قيل له : فإن رجلاً اعتَقَها ثم اشتريا أباهما فيعتق عليهما ثم توفيت إحداهما بعدُ ثم توفي الأب بعدَ ذلك ؟ قال : فلهذه الباقية النصفُ من أبيها بالرحم ولها نصفُ النصفِ الباقي بالولاء ، فذلك ثلاثة أرباع ، وما بقي فلمولاهما الذي أعتقهما .

قال محمد بن رشد : قولُهُ في الاختين اللتين إشترتا أباهما فيعتق عليهما وهما من حرة فتوفيت إحداهما فورثَها الأب ثم توفي الأبُ إن للباقية النصفَ بالرحم والولادة ، ونصفَ النصفِ الباقي بالوَلَاء ، ونصف الربع الباقي بِجُرُوزِ الولاء ، فيصير لها سبعةُ أثمان الميراث صحيحٌ ، وإنما ورثت نصفَ الربع الباقي من ميراث أبيها لِأنَّ النصفَ الذي أعتقت أختُها منه يَجُرُّ إليها نصفَه لأنها أعتقت نصفَ أبيها ، فهو مولى ابنِ مولاها ، والمرأةُ ترث بالولاء من أَعتق ولد من اعتقت ، وبيانُ ذلك أنَّ الولاءَ يجب للمعتِق ، ولم يجب له بسبب العتق ممن ينجر إليه عن المعتِق أو يجره إليه المعتِقُ على ما أحكمته السنة عن النبي عليه السلام .

من ذلك أنَّ الموالي ثَلَاثَةٌ مولى الرجل الذي أعتقه ، ومولى أبيه ومولى أمه ، فالولاءُ ينجر عن السيد المعتِق إلى وَلَدِهِ وعصبته الأقرب فالأقرب ، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « **الولاءُ لِلْكُبْرِ** ، والعبدُ المعتَق يَجُرُّ ولاءَ وُلْدِهِ الذين لم يعتقوه وولاءَ مواليهم إلى مواليه ، والأمةُ المعتَقَةُ تجر ولاءَ وُلْدِهَا الذين لم يعتقوا وولاء مواليهم إلى مواليها أيضاً كان ولدها من زنى أو كان قَدْ نَفَاهُمْ أبُوهم بلعان أو كان عبداً أو كافراً ، فلما أعتقت الإبنتان أباهما في هذه

المسألة وكانتا حرتين لم يعتقا ، ثم توفي الأبُ بعد موت إحداهما وجب أن ترث الإبنةُ الباقيةُ النصفَ بالرحم والولادة ، وترث نصفَ النصف الباقي بالولاء لأنه أعتق عليها نصفَه ، وترث نصفَ الرُّبع الباقي بِجُرُورِ الولاء ، لِأن النصفَ الثاني الذي أعتق منه على أختها الميتة ينجرُّ إليها نصفُ ولائه ، لِأنها أعني الباقيةَ لما أُعْتِقَ عليها نصفُ أبيها جَرَّ اليها الأَبُ نصفَ ولاء ابنته الميتةعلى ما بيناه من أن العبد المعتَق يجر إلى مواليه ولاءَ ولده ، ألا ترى أنها لو ماتت بعدَ الأب لورثت أختها الباقية منها النصفَ بالرحم ونصفَ النصف الثاني بجروز الولاء لأنها ابنة مولى ، لها نصف ولائه ، وإذا جَرَّ الأبُ اليها نصفَ ولاء أختها فهو يجر اليها أيضاً نصفَ ولاء ما اعتقت على ما بَيَّناه ، والذي أعتقت إنما هو نصفُ أبيها الثاني ، فلها ولاء نصف هذا النصف وهو الربعُ ، فوجب لها ثلاثةُ أرباعِ ولاءِ أبيها ، النصف بعتقها إياه والربع بجر الولاء على ما بيناه ، وهذا كله بين .

ومما يزيده بياناً وإيضاحاً أَنَّ الابنة الميتة لو أعتقت عبداً أجنبياً لكان للإبنة الباقية نصفُ ولائه لأنه مولى إبنةِ رجل أعتق عليها نصفه ، فكان لها نصفُ ولائه ، فكذلك يكون لها نصفُ ولاءِ النصفِ الثاني الذي أعتقته من أبيها ، لِأن المرأةَ ترث بالولاء من أعتق وَلَدَ من اعـتقتْ ، وقد روى عن ابن القاسم في الاختين اللتين اشترتا أباهما فعتق عليهما أنَّ الأب إن توفي قبلهما فورثتاه ، ثم توفيت إحداهما أَنَّ الأختَ الباقية ترث النصفَ بالنسب ، ونصفَ النصف بشركة الولاء ، ونصفَ الربع بجرور الولاء إليها ، وهو غلط ظاهرٌ ، والصحيح ما ذكرناه من أَنَّ لها النصف بالنسب ونصف النصف بجرور الوَلَاء ، وهو منصوص عليه لابن الماجشون .

وأما قولُهُ إنه ان كانت اشترته إحداهما والأمُ حرة فتوفي الأب إنهما ترثان الثلثين بالرحم وما بقي للتي أعتقته بالولاء ، فهو بين لا إشكال فيه ، وكذلك قوله إنه إن توفيت التي لم تشتره بعد الاب إنَّ للباقية من أبيها النصف بالرحم

ونصف النصف بالولاء لأنه أعتق عليهما نصفه ، وما بقي فلمولاهما الذي اعتقهما لأنه أعتق الميتة منهما التي أعتق عليها نصف أبيها المتوفي ، فوجب أن يكون له الباقي كما ذكر ، لأنه أحق بميراث من اعتقت من اختها ، لأنه هوَ أعتقها ، وأختُهَا إنما أعتقت أباها ، ومولى المولى أَحَقُّ بالميراث من مولى ابنِ المولى وبالله التوفيق .

ومن كتاب البيوع الثاني

قال : وسمعته يقول في تفسير السائبة ، قال الذي يقول لعبده إذا مت فأنت سائبة وهو يريد بذلك الحريةَ أو يقول إذهب فأنت حر أو أنت سائبة أو يقول انت سائبة وهو يريد الحريةَ ولا يقول اذهب ولا أنت حر ، وذلك كله سواء يُعْتَقُ ويخرج حراً وهو سائبة ولاؤه للمسلمين ، إلاَّ أنه لا يعجبني أَنْ يعتق اليوم سائبة لِأن ذلك هِبَةُ الولاء ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الولاء وعن هبته ، فإن فعل فهو على ما أخبرتك وقلت لك .

قال أصبغ : لا يعجبني قولُهُ في كراهية عتق السائبة ، هو جائزٌ أبداً كما ان جائزاً أن يعتق رجلٌ عن غيره عن ابنه أو أبيه أَوْ من أَحَبَّ والولاءُ للمعتَق عنه ، لا كراهيةَ فيه ، فكذلك المسلمون جميعاً ، وقد جاء عن السلف من عملهم في عتق السائبة وكلامهم فيه ، فليس فيه مكروه ، ولا يعجبني قولُهُ أيضاً باستثنائه في السائبة إذا قال له أنت سائبة أو اذهب أنت سائبة حين استثنى وهو يريد الحرية سواء أراد الحرية أو لم يرد الحرية هي حرة على سنة السائبة ، وهي سنة فيما جاء فيه الأثر وتكلم به ، أو يقول أنت سائبة فقط ، وليس فيه أكثرُ من قوله إلاَّ أن يكون لقوله ذلك سبب غير الحرية .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلامُ عليها مستوفى في آخر سماع أشهب من هذا الكتاب فلا معنى لاعادته .

ومن كتاب المدبر والعتق

قال أصبغ : سألتُ ابنَ القاسم عمن قال لرجل : قل لغلامي يلقاني غداً في موضع كذا وكذا فإن لم يفعل فهو حر ، فنسي الرجلُ أن يقوله للعبد أو قاله له فلم يفعل إنَّه لا عتق فيه .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم لم يدرك من سماع عيسى فلا معنى لإعادته .

مسألــة

قال أصبغ : وسمعتُ ابنَ القاسم وسئل عن ورثة ورثوا عبداً من ميت فقيل لهم إنَّهُ قد أعتقه ، فقال أحدهم : قد أجزتُ مصابتي فقال : يعتق مصابته ولا يقوم عليه ما بقي ، وليس هو بمنزلة مَنْ إبتدأ العتق .

قال محمد بن رشد : قوله إنه يعتق مصابته من أجاز خلافُ مذهبه في المدونة وغيرها ، مثلُ مذهب عبد العزيز بن ابي سلمة والمغيرة المخزومي ، إذْ لا فرق بين أن يُشْهِدَ بذلك أو يمضي قولَ من شهد به ، وقد مضى القولُ على هذه المسألة مستوفى في رسم يوصي من سماع عيسى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألــة

قال أصبغ : سمعت ابن القاسم يقول في الذي يحلف بعتق

جاريته لَيَبيعُهَا فتلدُ أولاداً ثم تموت ولم تُبَعْ : إنها تعتق وَوُلْدُهَا جميعاً في الثلث ، ولا يُبَدَّأُ أحَدٌ منهم على صاحبه ، وهم بالسوية ، قال : وقال مالك وإنما هي بمنزلة المدبِّرةِ تلدُ أولاداً إلَّا أَنَّ المدبرَة يطأها سيدُها ، وهذه لا يطأها ، فهي أوكدُ من المدبرة ، وهو بمنزلة أَمْرٍ عقده لهم في الصحة جميعاً هي واولادها ، وقاله أصبغ كلّه .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلامُ عليها مستوفى في رسم باع شاة من سماع أشهب فلا معنى لإعادته .

مسألــة

قال : وقال في رجل قال لرجل علي عتق رقبة فبِعْنِي رأساً فباعه مدبراً وكتمه فاشتراه وأعتقه ثم علم .

قال : عتقُه جائزٌ وهو يجزيه في الرقبة التي كانت عليه ، ومن اشترى مدبراً فأعتقه فالولاءُ له ولا يتبع البائع بشيء وعتقه جائز نافذ .

قال محمد بن رشد : اختلف في المدبر يُباع فيعتقه المشتري ، فقيل يمضي عتقُهُ ولا يرد ، وهو قوله في هذه الرواية ، فقوله إنه يجزيه عن الرقبة التي عليه إذَا دَلَّسَ له البائع ولم يعلمه انه مدبر ، هو على قياس هذا القول ، ولو أعلمه البائع أنّه مدبر لم يجزه عن الرقبة التي عليه وإن لم يرد عتقه على هذا القول ، لِأنه إذا اشتراه وهو يعلم انه مدبر فقد اشتراه بشرط العتق ، إذ لا يجوز بيع المدبر على غير العتق ، والرقبةُ الواجبة لا تشتري بشرط العتق ، وقيل إنَّ المدبر إذا بيع يرد البيع وإن أعتقه المشتري ، فعلى هذا القول لا يجوز عتقُ الرقبة الواجبةِ فإن اعتقه المشتري ففاتَ ردُّه بموت أو عيب ، وكذلك إذا اشتراه فاعتقه من زكاته يجري جوازُهُ على هذا الاختلاف ، وقد مضى الكلامُ على هذه المسألة بأوعب من هذا في سماع أصبغ من كتاب الوصايا قُرْبَ آخِرِ أوَّلِ رسم منه ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قال أصبغ : سمعت ابن القاسم يقول فيمن قطع يَدَ أو يـدي عبده فاره صناع فإنه يضمن قيمته وعتقْ وليس عليه .

قال محمد بن رشد : مثل هذا في سماع اصبغ أيضاً من كتاب الجنايات نصاً ، وفي المدونة نحوُه ، قال : إذا كان فساداً لا منفعة معه في العبد حتى يضمنه من تَعَدَّى عليه عتق عليه ، وكان بمنزلة من مَثَّلَ بعبده ، وقال أصبغ : ذلك استحسانٌ وليس بقياس ، وقال ابنُ الماجشون في الواضحة إنه لا يعتق عليه وهو الأظهرِ ، لأن السنة إنما جاءت فيمن مثَّل بعبده وبالله التوفيق .

مسألــة

قال أصبغ : سمعت أشهبَ ابنَ عبد العزيز وسُئِلَ عن رجل استأذنه عبدُهُ في الخروج إلى إفريقية ، فقال له : أخرج فإذا بلغتَها فأنت حر ثم أراد أن يمنعه بعدَ ذلك من الخروج ، قال : ليس ذلك له ، قيل لِأَشْهَب فخرج فمات السيد والعبدُ في الطريق قبل أن يبلغ ؟ قال : سواء مات أو لم يمت إذا بلغها فهو حر ، فقيل له : أمن الثلث ؟ فقال : لا ، بل من رأس المال لو كان من الثلث [ ][7] كله .

قال محمد بن رشد : لابن المواز في هذه المسألة زيادةٌ قال : إلا أن يبدو للعبد في الخروج ، فجعل قولَ السيد لعبده : أخرج فإذا بلغتها فأنت حر تمليكاً منه له في العتق يلزم السيدَ ولا يلزم العبدَ ، وقد قلنا في رَسم يُدَبِّرُ

---

(٧) بياض بالأصل .

من سماع عيسى إن هذه المسألة يتخرَّجُ فيها ثلاثةُ أقوال ، وأن قولَ ابن المواز في هذه المسألة وقولَ أشهب أيضاً إن حُمِلَ قولُهُ على التفسير لَهُ قولٌ رابع في المسألة .

مسألـــة

وسئل عن رجل قال لغلامه : إعمل هذا اليوم وأنت حر ، فقال : هو حر أبداً .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إنه يكون حراً إن عمل ذلك اليوم لأنه عتق على شرط يجب له الوفاء به كالكتابة وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل عن عبد بَيْنَ عبدٍ ورجلٍ آخر أعتق العبدُ مصابته أَيُقَومُ عليه بقيتُه ؟ قال : إن أعتقه بإذن سيده قُوِّمَ على سيده في جميع ماله ويباع فيه رقبةُ عبده وغيـر ذلك ، وإن كان أعتقه بغير إذنه فلا قيمة فيه أصلاً لا على السيد ولا على العبد ، ولو قال السيد قوموه على العبد فيما بقي في يديه لم يقوم عليه وإن كان أعتقه بغير إذن سيده فأجاز سيدُه عتقَه فهو بمنزلة ما لو أعتقه بإذن سيده ابتداء سواء .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأنه إذا أعتقه بإذنه أو بغير إذنه فأجازه فهو المعتق له لِأنه كأنه انتزعه منه فأعتقه بدليل كون الولاء له لا يرجع إلى العبد إن أعتق ، بخلاف ما قال في رسم نَقَدَهَا من سماع عيسى في العبد بين الشريكين ، وقد ذكرنا هنالِكَ الفرقَ بين المسألتين .

وقوله لا يقوم على العبد فيما بقي من ماله إذا دَعَى إلى ذلك شريكُه يريد أنه لا يقوم عليه في مغيب سيده ، ولو كان حاضراً لكان وجهُ الحكمِ في ذلك أن يوقف على إجازة عتقه أورده ، فإن أجازه قوم عليه كما قال بمنزلة ما لو أعتق بإذنه ، وإن رده فهو مردود ، ولو قال السيد لما وقف على ذلك . لا أجِيزُ

عتقَه ولا أرده لَوجب أن ينفذ عتق نصيبه منه الذي أعتقه ، فإن أعتق قوم عليه باقية لأن الولاءَ إذا لم يُجِزْ السيدُ عتقَه ولا رَدَّهُ حتى اعتق ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل عن الذي يبتاع العبدَ فيعتقه مكانَه بحضرة البائع ثم يجحد الاشتراءَ .

قال : إن كان ملياً بالثمن لم أَرَ للبائع أن يسترقه ، وإن كان مُعدِما ولم يكن فضل في قيمة العبد لم أَرَ بأساً أن يسترقه .

قلت : أرأيت إذَا أَقَرَّ البائعُ بهذا من اشتراء المشتري وعتقه وجحوده والمشتري ملي أيعتق على البائع يحكم به عليه ؟ فقال لي : نعم قال أصبغ : صواباً حسناً .

قال محمد بن رشد : قولُه إنه إن كان ملياً بالثمن لم يكن للبائع أن يسترقه هو على أحدِ قولي ابن القاسم في المدونة في العبد بين الشريكين يشهد أَحدهُما على صاحبه أنه أعتق نصيبه منه وهو موسر إنه يعتق عليه نصيبُه .

وقوله إنه إن كان معدماً ولم يكن في قيمته فضل عن ثمنه كان له أَنْ يسترقه صحيح لا إشكال فيه ، وإنما موضعُ الإشكال من المسألة إذا كان مُعدماً وفي قيمته فضل عن الثمن هل له أن يأخذه فيباع منه بقدر الثمن ويعتق الباقي أم لا ؟ فقال فيما تقدم في رسم العتق من سماع عيسى إن ذلك له إذا لم يكن له مال يومَ أعتقه ولم يكن علم بعتقه ، وقد مضى الكلامُ على ذلك هنالك فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال أصبغ : سألتُ ابنَ القاسم عن عبد بين اثنين حلف

أحدهما بعتق نصيبه [إنْ كلم رجلا فباع نصيبه][٨] من رجل أجنبي فاشترى نصيبَ صاحبه ثم كلمه ، قال : لا حنث عليه ولا عتق لِمَا اشترى من نصيب صاحبه .

قلت : فبادل صاحبه نصيبه ثم كلمه ؟ قال : يحنث .

قلت : فاشترى نصيب صاحبه ثم باع نصيبه ثم كلمه ؟ قال : يحنث إنما باع نصفه .

قلت : فباع نصيبه من صاحبه بدنانير أَخَذَهَا منه ثم اشترى بعد ذلك نصيب صاحبه ثم كلمه . قال : يحنث .

قال محمد بن رشد : أما إذا باع الحالفُ نصيبه من العبد من غير شريكه ثم اشترى نصيب شريكه فقولُه إنه لا حنث عليه فيه هو مثلُ ما في المدونة والواضحة ، ولا اختلاف في ذلك إن كان قال للمشتري أبيع منك نصيبي من هذا العبد وهو كذا وكذا النصف إن كان النصف ، وأما إن كان قال له أبيعك نصف هذا العبد وله فيه النصف فالبيعُ يقع على نصف جميع العبدِ نصفِ حظه ونصف حظ شريكه على ما قاله ابن القاسم في رسم يشتري الدور والمزارع من سماع يحيى من كتاب الشفعة ، فينتقض البيع في حظ الشريك وينفذ في حظه ، فيبقى له ربع العبد ويكمل له إذا اشترى نصف شريكه ثلاثة أرباع العبد ، ويحنث إن كلم الرجل فيعتق العبد كله ربعه بالحنث ونصفه الذي اشترى من شريكه بالحكم ، والربع الذي باع من الأجنبي بالتقويم إن كان له مال خلافُ ظاهر هذه الرواية وما في المدونة والواضحة ، إذ لم يفرق في شيء منها إذا باع نصيبَه من أجنبي بين أنْ يقولَ أبيعك نصف هذا العبد أو

(٨) بياض بهامش الأصل ، والإتمام من نسخة ق ٣ .

يقول أبيعك نصيبي منه وهو النصف في أن البيعَ إنما يقع على نصيبه خاصة في الابهام كما يقع في البيان .

وأما إذا بادل شريكه حصته بحصته فقال في هذه الرواية إنه يحنث ، وقال أصبغُ في الواضحة إنه لا يحنث كما لو باع حصتَه من أجنبي واشترى من شريكه حصته ، إذ لا فرق بين أن يبيع حصته من شريكه ، أو من غيره ، وعابه ابن حبيب واعترض عليه بقول ابن القاسم في الرهن المشاع يكتري الراهن حصة الشريك إن الرهن يبطل .

ووجه قوله أنه إذا عامل شريكه فيه فقد بقيت الشركةُ بينهما فيه على ما كانت عليه ، فكانت المبادلة أقوى .

وقول أصبغ هو القياس ، إذ ليست المبادلة لغواً ، لأن الأملاك تنتقل بها ويصير لكل واحد منهما على صاحبه عهدةٌ في نصيبه الذي عاوضه به .

وأما إذا باع حصتَه من شريكه ثم اشترى منه حصتَه أو اشترى منه حصته ابتداء ثم باع منه حصته أو من غيره فقال في هذه الرواية إنه يحنث ويأتي على ما في كتاب المرابحة من المدونة أنه لا يحنث ، وهو الأظهر إذا سمى حصة شريكه في الابتياع ألا يقع شراؤه إلا على ما ابتاع لا شائعاً في جملة العبد ، ألا ترى أنه لو حلف رجلٌ ألا يبيع شيئاً وهب له فوهب نصف عبد على الإشاعة واشترى النصف الثاني لَجَازَ له أن يبيع النصفَ الذي اشترى ولا يحنث إلا أن يبيع النصف مُبْهِماً ولا يسمى شيئاً لأنه حينئذ يقع البيع على ما اشترى وعلى ما وهب له ، فالاختلاف إذا كان العبد كله لرجل فباع منه حصة مسماة هل يقع البيعُ على ما سمى أو على الإشاعة كما لو لم يسم ، والاختلافُ إذا كان العبدُ بين الرجلين فباع أحدهما منه مقدار حصة أو أقل ولم يسم أنها حصته هل يقع البيع على الإشاعة في حظه وحظ شريكه أو على حصته كما لو سمى ؟ ولو كان عَبْدَانِ بين رجلين فحلف أحدهما بعتق نصيبه ألا يَفْعَلَ فِعلا فقاسم شريكه

فيهما فحصل له أحدهما لرجعت اليمينُ فيه ، قاله ابن القاسم ، وهو عندي على قياس القول بأن القسمة تميزُ حق ، ولو باع أحدهما حصته من أحدهما بحصة شريكه من الآخر فخلص له أحدهما بذلك ثم حنِثَ لعتقَ عليه نصفُه بالحنث ، ونصفُه بالقضاء ، قاله أشهب ، وهو صحيح ، وكذلك يلزم في القسمة على قياس القول بأنها بيع من البيوع ، وقد مضى في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم الاختلاف ، إذا حنِث قبل القسمة فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألــة

قال أصبغ : سألت ابن القاسم عن الذي يقول إن فعلت كذا وكذا فجاريتي حرة فتلد عنده بعد ذلك أولاداً ثم يفعل ذلك : قال : سألت مالكا عنها فرأى أن تُعْتَقَ هي وولدها ورأيته يصغي إليه ، وهو الذي آخُذُ به أنا أيضاً واستحسنه ، وليس يحمله القياس . قال أصبغ : هذا ليس بشيء ، وليس لولدها هنا عتق لأنها لم تكن مرتَهَنَة باليمين ، ولم يكن فيها على حنث هو على بر حتى يحنث ، فما وضعت قبل الحنث وزايلها فليس مِنها، ولا يقع عليه الحنث لأن الحنث إنما هو يوم يقع وإنما يقع على رقبتها ، وقد كان له بيعُها قبل ذلك ، وإنما الذي يدخل الولد معها ما لم يكن له بيعها إن كانت باليمين مرتهنة ، ومثله الذي يحلف ليبيعها إلى وقت أو ليفعلن كذا وكذا فلا يفعله ، فأما الذي يحلف أن لا يفعل فليس بيمين منعقدة ، وَلَا أحسب ابنَ القاسم إلا وقد رجع وكان له قول غيره فيها ، ولا أظنه عن مالك إلا وَهَماً من روايته ، فأما الرواية لها فقد رواها زعم ظاهر أو هو يغلط في روايتها .

قال محمد بن رشد : رأى أصبغ أن الوُلْدَ يدخلون في اليمين الذي

يكون الحالف فيها على حنث وليس له أن يطأ ولا يبيع ، وفي اليمين التي ليس له أن يبيع فيها وإن كان له أن يطأ على اختلاف وهي اليمينُ ليفعلن إلى أجل ، وقد قيل إن الوُلْدَ لا يدخلون إلا في اليمين التي يكون فيها على حنث ، وليس له أن يطأ ولا يبيع ، فالمسألة يتحصل في جملتها أربعةُ أقوال ، وقد مضت المسألة في مواضع من هذا الكتاب وغيره ، وتحصيل القول فيها في رسم باع غلاما من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق .

مسألــة

قال أصبغ : سألتُ ابن القاسم عن رجل هلك فشهد عليه أنه حلف بعتق رقيقه وحنث ، فادعت امرأته أنها أخذت تلك الرقيق في حقها وأقامت البينة على ذلك ، ولا يدري الشهود متى أعطاها ؟ ولا يدري الذين يشهدون على الحنث متى كان ذلك ؟ فقال : المرأة أولى بهم إلا أن تقوم البينة على أن عِتْقَهم وحنثَه كان قبل بيعه إياهم منها أو ثبت ذلك الذين شهدوا لهم بالحرية ، وإنما ذلك إذا كانت المرأة قد حازتهم وهم في يديها ، وإن لم تكن حازتهم فالعتق أولى إلا أن تقيم البينة أن اشتراءها إياهم قبل ذلك ، وقال ذلك أصبغ .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأنها إذا حازت الرقيق وجب أن لا يخرجوا من يديها إلا بيقين ، وهو أن تشهد البينة لهم أن عتقهم كان متقدماً لأخذها إياهم في حقها لأنهم هم المدعون ، وقد أحكمت السنة أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، وإذا لم تحز فهي الطالبة لقبضها بما شهد لها به من أنها أخذتهم في حقها ، فلا يحكم لها بقبضهم إلا بيقين ، وهي أن تشهد لها البينة أن أخذها في حقها كان قبل حنثه بعتقهم ، ولا يعتبر عند ابن القاسم بتاريخ أحدهما إذا جهل الأول منهما ، ويعتبر على ما حكى ابن حبيب عن مالك وأصحابه حاشا المغيرة ، فيأتي على هذا قولان إذا حازت

أحدهما أنها أولى بهم وإن كان وقت الحنث معلوماً ، والثاني أنها أولى بهم إلا أن يكونَ وقتُ الحنث معلوماً .

مسألــة

وسئل عن رجل حلف بالطلاق ليبيعن غلامه ممن يخرج به إلى الشام فباعه من رجل على ذلك فمات مشتريه قبل أن يخرجه ، قال : إن كانت يمينه ونيتُه إنما هي ليشترطن ذلك على مبتاعه ذلك الذي أراد فليس عليه شيء في يمينه ، وإن كان إنما هو على الخروج ليخرجن به أو لم تكن له نية فهو حانث ، وقاله أصبغ وقال حسنة جيدة ، ومحمل اليمين الإخراج حتى ينوي غيره .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه المسألة ومحمل اليمين الاخراج حتى ينوي غيره هو مثل ما تقدم في رسم سلف من سماع عيسى لابن القاسم من رواية عيسى عنه ، وخلافُ قوله فيه من رواية محمد بن خالد عنه ، وقد مضى هنالك الكلام على المسألة مستوفى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألــة

قال أصبغ : سمعت ابن القاسم وسئل عمن حلف بحرية غلامه أن لا يبيعه اليوم ولا غدا ، فقال له رجل بعنِيه ، فقال : قد أوجبته لك بأربعة دنانير بعد غد ، فقال هو حر ، وهذا بيع ، قيل له : فما تَرَى في مثل هذا البيع أن يبيعه إياه إلى بعد غد ؟ قال : ليس بذلك بأس .

قال محمد بن رشد : هذا مثل ما تقدم في رسم بع ولا نقصان عليك من سماع عيسى ، وقد مضى الكلامُ على ذلك هنالك وَفَرَقْنَا به من البر والحنث ، فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال ابن القاسم : ولو حلف بحريته أن لا يبيعه فباعه بيعاً فاسداً أو حراماً على أن يسلف أو سلف أو ما أشبهه من البيوع الفاسدة لرأيته بيعاً يعتق عليه ، قال : ولو قال انت حر إن لم أبعك فباعه بيعاً فاسداً فرد عليه كانت اليمين لازمة له حتى يبيعه ثانية ، ولو حلف ألا يبيعه فباعه واشترط الخيار لم يكن ذلك بيعاً حتى يمضيه ، لأنه قد جعل ذلك لنفسه إن شاء أن يمضيه أمضاه وإن شاء أن يرده رده ، فليس يبيع حتى يمضيه ، وقاله أصبغ على وجهها كلها ولها تفسير وحُجَجٌ في افتراقها ، وهي صواب .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال اصبغ ان لافتـراق هذه المسائل وجوهاً تفترق بها ، فإنما فرق بين البر والحنث بمجرد عقد البيع الفاسد يريد مع القبض ، فقال : إنه يحنث به إذا حلف أن لا يبيع وإنْ لم يفت البيع ، وقال إنه لا يبريه إذا حلف أن يبيع إلا أن يفوت البيع ، لأن الحنث يدخل بأقل الوجوه ، والبر لا يكون إلا بأكملها ، والوجه في ذلك أن تَرْكَ البيع ليس بفعل مقصود إليه ، فإذا حلف ألا يفعله فقصد إلى فعل ما هو سبب له ففعله وجب أن يحنث بفعله إياه لأنه يؤول إليه ، والبيع فعل مقصود إليه ، فإذا حلف أن يفعله وجب أن لا يبر إلا بفعله ألا يفعل سببه إذا لم يحلف أن يفعل سببه ، وإنما حلف أن يفعله فوجب أن لا يبر إلا بتمامه وهو فوت السلعة بيد المبتاع الذي به ينتقل الملك ، وقد مضى في رسم باع شاة من سماع عيسى إذا حلف أن يبيع إلى شهر فباع بيعاً فاسداً قبله وما يتخرج في ذلك من الاختلاف .

ولكون الترك ليس بفعل مقصود إليه كان النهي أقوى من الأمر قال النبي عليه السلام : « إذا نهيتُكم عن شيء فانتهوا عنه ، وإذا أمرتُكم بشيء فاتوا منه ما استطعتم » لأن الرجل قادر على الترك على كل حال ، وقد لا يقوى على

الفعل ، وإنما فرق بين البيع الفاسد وبين بيع الخيار فقال إنه يحنث بعقد البيع الفاسد يريد مع دفع السلعة على ما ذكرناه ، ولا يحنث بالبيع على الخيار إذا كان الخيار له لأن السلعة إن تَلِفَتْ في البيع الفاسد ضمنها المبتاع ولزمه البيع فيها بالقيمة ، وان تلفت السلعة في بيع الخيار والخيار للبائع كانت مصيبتُها منه بإجماع ولم تجب للمبتاع إلا بامضاء البيع له ، فوجب أن لا يحنث إلا بإمضاء البيع لا بالعقد .

ولو حلف أن لا يبيعها إلى أجل فباعها قبل الأجل على أن الخيار له وأمضاها له بعد الأجل لتخرج وجوبُ حنثه بذلك على الاختلاف في بيع الخيار إذا مضى هل يمضي على العقد الأول فيكون كأنه قد باعها حين العقد أو لا يكون بائعا لها إلا في حين إمضاء البيع ؟ وهذا على المشهور في المذهب من أن البيع الفاسد ينتقل الملك به فتكون المصيبة فيه بعد القبض من المبتاع وإن قامت على التلف البينة .

وأما على القول بأن الملك لا ينتقل به وأن المصيبة فيه من البائع إذا قامت البينة على التلف وهو قول ابن القاسم في سماع أبي زيد من كتاب جامع البيوع في بعض الروايات فلا يحنث بالبيع الفاسد وإن قبض المبتاع السلعة ففاتت عنده ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال أصبغ سمعت ابن القاسم يقول فيمن باع جارية له فلما قبض ثمنها قال : كل ذكر أشتريه بثمنها فهو حر ، فاشتري جارية حاملا فولدت ذكراً : إنه يعتق عليه الذكر ولا تعتق هي ، وقاله أصبغ وليس بمنزلة الذي يقول كل ذكر اشتريته فهو حر فيشتري جارية فتلد ذكراً أنه لا شيء عليه إلا أن يكون أراد كل ذكر يملكه فهو حر ، وفي رواية أبي زيد بن أبي الغمر قال : وسئل عن رجل باع جاريةً ثم قال

كل غلام أشتريه من ثمن هذه الجارية فهو حر فاشتري جاريةً حاملاً فولدت غلاماً ، قال يعتق الغلام ولا تعتق الجارية ، وإن كان اشتراها وليست بحامل فولدت غلاماً لم يعتق .

قال محمد بن رشد : روايةُ أبي زيد هذه عن إبن القاسم مثلُ رواية أصبغ عنه، وما فيها من الزيادة عليها تتميمٌ لها، قد قال غيرُهُ إنه لا يلزمه في الجنين حنثٌ لِأن الشراء لم يقع عليه ، وإنما وقع على الأُم إذ لا يحل شراءُ الجنين في بطن أمه ، ولم يفرق ابنُ القاسم ولا غيرُهُ بين أن تكون حين الشراء ظاهرةَ الحمل أو غيرَ ظاهرة الحمل ، فأما إذا كانت غيرَ ظاهرة الحمل والحملُ يزيد في ثمنها فقولُ ابن القاسم أَظهرُ لأنه قد وقع للجنين حصة من الثمن ، وأما إن كانت غيرَ ظاهرة الحمل أو ظاهرة الحمل وهي من الجواري اللائي لا يزيد الحملُ في أثمانهن أو ينقص منها فقولُ غيره أظهرُ ، إذْ لم يقع للجنين حصةٌ من الثمن ، فيحتمل أَنْ يُرَدَّ قولهُما جميعاً بالتأويل إلى هذا التقسيم فلا يكون بينهما اختلاف ، وذلك قولهما إنَّ ذلك عندهما سواء ، فالتفرقة قولٌ ثالث والله اعلم .

ولا اختلاف بينهما في أَنَّ الحملَ إن لم يكن ظاهراً لا يجب للولد عتقٌ إلَّا أن يشتريها بشرط أَنَّهَا حاملٌ على مذهب من يجيز ذلك ، وهو قول أشهب في سماع عبد الملك من كتاب العيوب ، فيعتق الولدُ لأنه قد حصل له بالشرط حصَّةٌ من الثمن .

وقولُهُ وليس بمنزلة الذي يقول كل ذكر أشتريه فهو حر فيشتري جارية فتلدُ ذكراً إنه لا شيء عليه إلَّا أن يكون أراد كل ذكر يملكه فهو حر ليس في كل الروايات ، ويحتمل أن يكون من قول ابن القاسم وأن يكون من قول أصبغ .

وقولُهُ فيه فتلد ذكراً يريد ولم تكن حاملاً يوم الشراء ، إذْ قال إنَّ الولد يعتق إذا كانت حاملاً يوم الشراء ، وفي قوله إلَّا أن يكون أراد كل ذكر يملكه

فهو حر نصٌّ منه على أنَّ يمينه على الذُّكْرَانِ دون الإناث تخصيص يلزمُه به اليمينُ وهو قول ابنِ نافع في المبسوطة خلافُ قول ملك فيها إنَّ ذلك عمومٌ لا يلزمه فيه اليمينُ وهو مذهب ابن القاسم وروايتُهُ عن مالك في المدونة وغيرِها وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال أصبغُ وسمعت ابنَ القاسم يقول في الذي يحلف بعتق عبده إذ لم[٩] يضربه ثم يكاتبه : إنه يمضي على كتابته ولا يضربه ولا ينقض ، فإن عَجَزَ ضربه ، وإن أدى كتابته وعتق رَدَّ عليه ما أخذ منه ، وقال أصبغ ، وإن عجل فضربه في الكتابة لم أَرَ ذلك ينفعه ولا يبريه لأنهُ ضَرْبٌ تعدي ليس له ، وإن أَدَّى عَتَقَ وحنث ورد ذلك اليه ، وإن عجز لم يبر حتى يضربه ثانية ضرباً يجوز له .

قال محمد بن رشد : قولُ ابن القاسم يمضي على كتابته ولا يضربه ولا تنقض الكتابةُ يريد وإن ضربه لم يَبَرَّ بضربه في الكتابة على ما نص عليه بعد ذلك بقوله : وإن عجز فضربه في الكتابة لم أَرَ ذلك ينفعه ولا يَبَرُّ به ، ويحتمل أن يكون ذلك من قول اصبغ ، فإن كان من قوله فهو مفسر لروايته عنه ، وإذا لم تنتقض الكتابةُ فيوقف ما يؤدي منها ، فإن عتق بالأداءِ تَمَّ الحنثُ فيه وصار حراً ، واخذ كل ما أدى ، وإن عجز ضربه ان شاء ، قال ذلك في كتاب ابن المواز ، ولم ينص ابنُ القاسم في هذه الرواية على توقيف ما يقبض منه ، فيحتمل أن تكون هذه إرادتَه ، ويحتمل أَنْ يريد أَنَّ ذلك لا يوقف إذا كان السيدُ ملياً ظاهرَ الملا لم يخشَ عليه العدم وكذلك لا يبد عند ابن القاسم بضربه وهو في ملك غيره إن باعه قبل أن يضربه وقال أشهب يَبَرُّ بضربه وهو في ملك غيره ولا يبر بضربه في الكتابة ، وله في كتاب ابنِ المواز أنه يبر بضربه

(٩) كذا بالأصل : إذ لم يضربه . وفي نسخة ق ٣ : إن لم يضربه ، وهو الصواب .

في الكتابة ، ففي جملة المسألة ثلاثةُ أقوال ، قولان وتفرقة ، ولا اختلاف في أنه لا يبر بضربها بعد أن أعتقها المشتري أَوْ أولدها ، وقد مضى هذا في رسم العتق من سماع عيسى وبالله التوفيق.

مسألــة

قال أصبغ سئل ابنُ القاسم عن الذي يحلف بحرية جاريته إنْ وطئها فيَبيعها ثم يشتريها بعد ذلك ، قال : ترجع عليه اليمينُ قال : ترجع عليه اليمين قال : فورثها(١٠) ؟ قال : تسقط عنه اليمين قال : أصبغ ويَطَؤُهَا ولا شيء عليه .

قال محمد بن رشد : هذا مذهبُ ابن القاسم وقولُهُ في المدونة وغيرها إن الحالف بعتق عبده أنْ لا يفعل فعلاً فيبيع العبد أو يهبهُ ويفعل ذلك الفعلَ بعد أن رجع إليه العبدُ إلاَّ أن يكون رجع إليه بميراث أو يكون ذلك الفعلُ مما لا يتكرر وقد فعله والعبد خارج عن ملكه ، وقد قيل إنَّ اليمين لا ترجع عليه إذا خرج عن ملكه ثم عاد إليه بأيِّ وجه كان ، وهو مذهبُ الشافعي ، وإليه ذهب ابن بُكَيْر ، ووجهُ قولهما أنَّه إنما حلف بذلك الملك فلا يرجع عليه في اليمين في ملك آخر كمن حلف بالطلاق أنْ لا يفعل فعلاً فطلق امرأته ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج أنَّ اليمينَ لا ترجع عليه ، وفي المسألة قولٌ ثالث ، وهو أن اليمين إنما ترجع عليه إذا اشتراه من الذي باعه منه أو وهبه إياه لِأنه يُتَّهم على أنه عمل معه على أن يرده إليه ليحل اليمينَ عن نفسه ، فإذا اشتراه من غيره أو من الذي باعه منه في تفليس أو كان قد بيع هو عليه في تفليس فاشتراه من المشتري فلا ترجع اليمين عَليه لارتفاع التهمة ، وهو قَوْلُ ابن الماجشون في الواضحة وحكاه عن مالك وعن ابنه وعن المغيرة وابنِ ابي

(١٠) في نسخة : فإن ورثها .

حازم وابنِ دينار وغيرهم ، ومن مذهب الشافعي أيضاً أنَّ الحالف بالطلاق أَنْ لا يفعل شيئاً ينحل عنه اليمينُ إذا خرجت عن عصمته بطلقة واحدة ثم راجعها فلا ترجع عليه ، وقد مضى في رسم باع شاة من سماع عيسى من معنى هذه المسألة ما فيه بيانٌ لها وبالله التوفيق .

مسألــة

قال اصبغُ : وسئل ابنُ القاسم عن امرأة حلفت بعتق رقيقها أن لا يخرج إلى موضع سَمَّتْه حتى يقدم زوجُها وخرج حاجاً فمات قبل أن يرجع ، فقال : إن كانت أرادت إلى مقدار قدومه لقدوم الناس من الحج فلا شيء عليها أي إذا مضى ذلك القدر ، قال وان لم تكن لها نية فاليمين عليها أبداً .

قال محمد بن رشد : مثلُ هذا في رسم حمل صبياً من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق في الذي يقول لامرأته أنتِ طالقٌ البتة إنْ دخلت بيتَ أبيك حتى يقدم أخوك من سفره فمات قبلَ أن يقدم إنَّه إن كانت نيتُهُ في ذلك أن يقدم الحاج ولم يرد في ذلك الموتَ فإن أقامت إلى ذلك القدر ثم دخلت فلا شيء عليه ، وإن لم تكن له نية فهو حانث ، ولا اشكال في المسألة أنها إن كانت أرادت إلى مقدار قدومه فلها نيتها ، ولا يلزمها شيء إن خرجت إلى ذلك الموضع بعد مقدار قدومه عاش أو مات ، وكذلك إن لم يرد ذلك وكان ليمينها بساط يدل على ذلك على المشهور في المذهب من مراعاة البساط في الأيمان عند عدم النية فيها .

ولو كانت أرادت بذلك استرضاء زوجها أو كان ليمينها بساطٌ يدل على ذلك لَمَا كَانَ عليها شيء في خروجها إلى الموضع الذي حلفت عليه إذَا مات زوجُها قُرْبَ موتُهُ أو بَعُدَ إذْ لا يُسْتَرْضَى من قد مات ، واما اذا لم تكن لها نية ولا كان ليمينها بساط فَحَمَلَ يمينَهَا في هذه الرواية وفي المسألة التي ذكرناها

من كتاب الأيمان بالطلاق على ما يَقتضيه اللفظ ولم يراع المعنى والمقصد ، ويأتي على مُرَاعاته أنْ لا تحنثَ إن مات إن خرجت إلى ذلك الموضع ، بعد أنْ يمضي من المدة ما كان يمكنه فيها القدومُ لو كان حياً ، إذْ قد عُلِمَ من قصدها أنها لم ترد بقولها حتى يقدم زوجها إلاَّ مع استمرار حياته ، إذ لا يمكن أن يقدم الميت ، وعلى هذا المعنى يأتي قولُ مالك في أول مسألة من رسم الطلاق الأول من سماع أشهب من كتاب الأيمان بالطلاق : هي الآن من أهل القبور ، وعلى هذا المعنى اختلفوا في الرجل يحلف أنْ لا يكلم رجلاً حتى يرى الهلال فَعَمِيَ قبل استهلاله ، فقال مالك : هو حانث إن كلمه أبداً ، وقال ابنُ الماجشون يكلمه إذَارِيءَ الهلالُ ولا شيء عليه لأنه إنما أراد أن لا يكلمه حتى يُرَى الهلال من حيث يُرَى ، وقع هذا في المبسوطة وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عمن حلف بحرية غلامه ليوفين رجلاً حقَّه إلى أجل فباع الغلامَ قبلَ الأجل وأوفاه حَقَّه ، قال : لا حنث عليه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال : لأنه يَبَرُّ بالقضاء بعد[11] البيع فلا يرد البيع إذا قضاه ، ولو لم يقبضه لَرُدَّ البيع حتى يبرأ ويحنث بانقضاء الأجل فيعتق عليه .

ولو حلف بعتقه ليضربنه فباعه لم يبر بضربه بعد البيع على مذهب ابن القاسم ، ويُرَدُّ البيع على مذهبه حتى يبر بضربه ثانية أو يحنث بمرور الأجل إن كانت يمينُهُ إلى أجل فيعتق في ثلثه إن لم يضربه حتى مات ، وأشهبُ يرى أنه يبر بضربه بعد أن باعه ، وقد مضى ذلك فوق هذا ، ومضت هذه المَسألة أيضاً

(١١) في نسخة ق ٣ : لا يبر بالقضاء بعد . . . ولعل صواب العبارة هذا كما قال : إنه يبر . . .

في رسم نذر من سماع ابن القاسم ، ومضى في رسم العتق من سماع عيسى القولُ في وجوب رَدِّ البيع ووجهُ الحكم في ذلك فلا معنى لإعادته .

مسألــة

وسئل عن رجل حلف بحرية جارية له ليضربنها فباعها من رجل فأحبلها المشتري قال : أرَى أن تعتق وَيُرَدُّ الثمنُ إلى المشتري ويكون له الولد بغير قيمةٍ ، قال أصبغ : لا ارى ذلك وأراها أُمَّ ولد للمشتري كالمدبرة تباع فتفوت بالإتخاذِ فلا ترد ، فليست هذه بأَشَدَّ منها ولا بأعظم حرمة من التدبير وهذا إِذَا لم يُوَقِّتْ لليمين وقتاً .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلامُ عليها مستوفى في رسم العتق من سماع عيسى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألــة

قال أصبغ : سمعت ابنَ القاسم وسئل عن أمةٍ بين رجلين أعتق أحدُهُما نصيبَه وغاب فباعَ الآخرُ حصته أَو باعها كلَّها واتخذها المشتري أُمَّ ولد وولدت قال : تعتق على المشتري ساعتئذٍ وتخرج حرةً ، وإن كان باعه إياها على أَنَّها أمةٌ كلها قومت على أَنَّ نصفَهَا حر ونصفَهَا رقيقٌ ، فكان لبائعها قيمةُ ذلك النصف الرقيق إنْ كان أَقَلَّ من نصف الثمن الذي باع به ، ورجع عليه المشتري بما بقي يعني كعيبٍ موجودٍ ، وإن كان أكثرَ من نصف الثمن الذي باع به لم يكن له إلَّا نصفُ الثمن ، وإنما أعتقها عليه لأنه لا يستطيع أن يطأها ونصفُها حر .

وأمهات الاولادِ لا يحبسن على منفعة غيرِ الوطء ، وقد قاله مالك فيما يشبهه ، وأهلُ العراق يخالفوننا يقولونَ من أَعتقَ شِرْكاً له

في عبد فلم يُقَوَّم عليه حتى أعتقه الآخرُ فلا عتق له ، ونحن نقول عتقه جائزٌ ، فإذا باع المتمسكُ بالرق نصيبَهُ فأعتقها المشتري فهو في مثابة لو كان هو المعتقَ ، فعلى هذا الأصل قِسْتُ لك وبينتُ .

فإن قال قائلٌ إنَّ العتقَ يكون رضى بما حدث ، فإن الوطء يكون رضى ، والحملُ جاء من الوطء ، وقد كان له أن يرد بعد الوطء قبل الحمل ، فالحملُ ها هنا لا يكون كالعتق . قال أصبغ مثلَه ، وذلك الصواب ، ولو لم يبع إلاَّ النصفَ الذي له وَكَتَمَهُ الحريةَ في النصفِ الآخر ووطىء وأحْبَلَ كان قيمة الرق فيها [كلها](١٢) فيُعرَفُ مبلَغهُ ثم [يقوم](١٢) معيباً ثانية رأيته سواء فما نقصَ رجع بقدر جزئه من الثمن فصواب ، وهو يرجع إلى شيء واحد ويعاقب الواطىء في هذه الوطئة .

قال محمد بن رشد : قولُهُ في هذه المسألة وإن كان باعها على أنها أمةٌ كلُّها قومت على أنَّ نصفها حر ونصفَهَا رقيق فكان لبائعها قيمةُ ذلك النصفِ الرقيق إن كان أقلَّ من نصف الثمن الذي باع به ، ويرجع عليه المشتري بما بقي ، فإن كان أكثرَ من نصف الثمن الذي باع به لم يكن له إلاَّ نِصفُ الثمن ليس بمستقيمٍ على أصولهم ، لِأن ذلك إنما هو عيبٌ في نصفها الرقيق بما كتمته من حرية أصلها الآخر واستحقاق في نصفها الآخر بالحرية ، فوجهُ الحكم في ذلك على أصولهم أنْ يرجع المبتاعُ على البائع بنصف الثمن الذي دفع اليه في النصف المستحق بالحرية وتُقَوَّمُ الجاريةُ يوم البيع على أنها أمةٌ كلها ويُقوم نصفُها الرقيق يومَ البيع أيضاً على أن نصفها حر فينظر ما بين نصفِ قيمتها على أنها كلُّها رقيقٌ وما بين قيمة نصفها على أنَّ نصفَها حر ، فيرجع عليه بذلك الجزء في ثمن نصفها قَلَّ أو كَثُرَ ، مثالُ ذلك أنْ تكونَ قيمتُهَا على

---

(١٢) ما كتب بين معقوفين من نسخة ق ٣ .

أنّها رقيق كلها مائةٌ ، وقيمةُ نصفها على أنَّ نصفها الآخرَ حُرٌّ أربعون ،فالعشرة التي بين الأربعين والخمسين من الخمسين خُمُسها، فيرجع المبتاعُ على البائع بخُمُسِ نصف الثمن الذي دفع اليه قلَّ أو كثر ، وهذا الذي قلت قد قالها بعدَ هذا ، إذ لم يُبَع إلَّا النصفُ الذي له أنه يقوم النصفُ الذي باع على أنَّ النصفَ الثاني رقيقٌ ، ويُقَوَّم ثانيةً معيباً بعيب حرية النصفِ الآخر . فما نَقَصَهُ رَجَعَ بقدر جزئه من الثمن ، وذلك صواب كما قال ، إلَّا أنه لا يرجع مع ما ذكره أولاً إلى شيء واحد كما زعم .

وقولُهُ فإن قال قائلٌ إنَّ العتق يكون رضى بما يحدث فإنَّ الوطءَ يكون رضىً والحَمْل جاء من الوطء ، وقد كان له أن يرد بعدَ الوطء قبل الحمل ، فالحملُ ها هنا لا يكون كالعتق كلامٌ فيه إستكمال أشكال لإضْمَارٍ وقع فيه وتقديمٍ وتأخيرٍ والمعنى فيه أنَّ المُخالف يقول إنَّ العتق رضاً بما يطلع عليه من العيوب ، فيمن اشترى عبداً فاعتقه ثم اطلع على عيب فيه لم يكن له رجوعٌ به ، وليس الحملُ رضاً بما يطلع عليه من العيوب ، إذْ لا كسب له فيه لأنه إنَّما فعل هو الوطء ، والوطءُ ليس برضا اذن له ان يرد بعد الوطء ، يقول فكما له أن يرد بعد الوطء فكذلك له أنْ يرجع بقيمة العيب بعد الحمل فَنَقَضَ عليه ابنُ القاسم قولَه بقوله : فإنَّ الوطءَ يكون رضاً والحمل جاء من الوطء - يقول لهم - فيلزمُ على قياس قولكم إذا كان العتقُ عندكم رضي أن يكون الوطءُ رضى ، والحملُ رضى لأنه يكون عن الوطء .

وتقديرُ الكلام بإظهار ما فيه من الإضمار فإن قال قائلٌ إنَّ العتق يكون رضى بما يُحْدِثُ ولا يكون الحملُ رضى بما يُحْدِثُ لِأنه فَعَلَ العتقَ ولم يفعل الحملَ لأنه وطيء ، وقد كان له أن يَرُدَّ الوطء قبل الحمل ، فالحملُ ها هنا لا يكون كالعتق فإن الوطءَ يكون رضى ، والحمل جاء من الوطء وبالله التوفيق ، وسيأتي في سماع أبي زيد إذا باعها المعتق فنتكلم على ذلك إن شاء الله وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن ابنٍ لرجل وأجنبي اشتريا أب أحدهما فأعتقاه ، ثم مات الأَبُ وترك مواليَ فمات بعضُ الموالي فقال : ولاؤُهم للإبن دون الأبِ ما دام حياً . قال اصبغُ : لِأن النسبَ قائمٌ وَلَا ولاءَ مع النسب ، وولد الابن فيهم بمثابة أبيهم لو كان حياً حتى ينقطع النسبُ فيصير الولاء نصفين بين الأجنبي وعصبة الابنِ يوم يموت الموالي ويرجع الولاءُ إلى غير ولد ولا نسب .

قال محمد بن رشد : قولُهُ فيمن مات من موالي الأب إنَّ ميراثهم لابنه ولابن ابنه على ما قاله أصبغ يريد ولجميع عصبته أيضاً الأقرب فالأقرب فالأقرب دون الآخر يريد دون الأجنبي الذي أعتق نصفَ الأب صحيحٌ على ما قاله ، لِأنَّ ولدَ الرجل ولدُ ولده وسائر عصبته الأقرب فالأقرب بميراث مواليه ممن أعتقه هو إذْ لا ينتقل الولاءُ إلى مولى المولى حتى لا يكون للمولى ولدٌ ولا عصبة ، فإذا لم يكن له ولدٌ ولا عصبة رجع الولاءُ إلى مولاه الذي أعتقه .

فقوله إذا انقطعَ النسب إن الولاء يصيرُ نصفين بين الأجنبي وعصبةِ الابنِ يريد أن ميراثَه يكون نصفهُ للأجنبي الذي أعتق في حق الأب والنصفُ الآخر لعصبة الابنِ الذي اعتق النصف الآخر ، يعني مواليه إن كان مولى ، وإن لم يكن مولى فهو لجماعة المسلمين ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن المكاتب بين الرجلين فيموت أحدهُما فيوصي بعتق نصيبه وَأَنْ يُسْتَتَمَّ عتقُ نصيبِ صاحبه ، قال : ليس ذلك له أن يَنْتَقِلَ عن صاحبه ولاءٌ قد صار له وثبت له .

قيل له : فإن رضي صاحبُهُ أن يُجِيزَ له ما صنع قال : لا يجوز

على حال ، قال أصبغُ مِثْله حتى يعجز فيعتق على الميت في ثلثه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لِأن الكتابةَ من العقود اللازمة ، وهي تُثْبِتُ الولاءَ ، فليس لأحد الشريكين أن يوصي بعتق نصيب صاحبه فينقل الولاءُ عنه إلى نفسه ، ولا يجوز ذلك وإن رضي به شريكُهُ لما جاء من النهي عن بيعِ الولاءِ وهبتِهِ إلَّا أن يعجز كما قال اصبغ : فيعتق على الميت في ثلثه بما أوصى له به ، قيل إذا رَضِيَ الشريكُ بذلك ، وقيل رضي أم لم يرض ، وقد مضى الاختلافُ في هذا وتوجيهُهُ في رسم العتق من سماع أشهب وبالله التوفيق .

مسألــة

قال ابن القاسم في عبدين اثنين يستأذن العبدُ أَحَدَ مواليه بأن يعتق عبداً له فَأَذِنَ له وكتم مولاه الآخر ذلك حتى أعتقاه جميعاً لِمَنْ يكون ولاء العبد الذي أعتقه العبد ؟ قال : للعبد الذي أعتقه وليس للذي أَذِنَ له أن يُعتق عبده من ولائِهِ شَيءٌ ، لِأنه لو أراد أيضاً أَنْ يأخذ من ماله شيئاً لم يكن له ذلك إلَّا أن يأْذَنَا له جميعاً فيكون الولاءُ لهما دون العبد وإن عتق .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، إذ لا يجوز إذنُ أحدِهِما في ذلك له دون صاحبه من أجلِ أنه ليس له أن ينتزع ماله ، فإذنهُ كلا إذنٍ ، فوجب أن يرجع اليه الولاءُ إذا أعتق ، وقد مضى في رسم سن من سماع ابن القاسم ما فيه بيانُ هذا ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قال اصبغُ : سمعتُ ابنَ القاسم يقول فيمن شهد عليه أنه كان يقر أَنَّ ولاءه لبني فلان مثلُ بني زهرة أو بني تميم او ما اشبه ذلك :

لا يكون لأحد من هؤلاء مِنْ وَلائِه قليلٌ ولا كثيرٌ إذا سمى الفخذ هكذا بعينه حتى يبين لمن هو منهم خاصة ؟ وَإلَّا فليس لأحد منهم قليلٌ ولا كثير . وقال أصبغُ : حتى يسمي القومَ بأعيانهم أو بني الأبِ بعينه عند الأب الجامع .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه ، لأن الولاء كالنسب ، فلو ثبتَ لرجل أنه من بني تميم أو من بني زهر بن كلاب ولم يعرف من عصبته بأعيانهم معرفة قُعْددهم منه وحيث يلتقون معه من الآباء كان ميراثُهُ لجماعة المسلمين ، ولم يكن لواحد منهم للجهل بقعدده منه ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب الوصايا الصغير

قال أصبغُ : سئل عن رجل قال لعبده : أنت حر قبل موتي بخمس سنين .

قال : لا يعتق حتى يموت ، فإذا مات عتق في الثلث ، ولو قال لعبده أنت حر قبل موتك بخمس سنين قال : لا حريةَ له أصلاً .

قال محمد بن رشد هذه مسألة قد مضى الكلامُ عليها مستوفى في رسم يوصي لمكاتبه من سماع عيسى فلا معنى لإعادته .

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم

قال أبو زيد ابن أبي الغمر : سئل ابن القاسم عن رجل أعتق شـركاً له في عبد ، فلما أرادوا أن يقوموه عليه قال إنه آبق سارق

وشريكي يعلم ذلك منه ، وليس له بينة فاستحلفوه .

قال : أرى أن يقوم على أنه لا عيب فيه إلا أن يأتي المعتِقُ ببينة ، ولا أرى على الشريك يميناً .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضت والكلام عليها في رسم العتق من سماع أشهب فلا وجه لإعادته وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال في رجل قال : غلامي مَيْمون حر إن بعته ومرزوق غلام فلان حر إن اشتريتُه أبدا ، فباع ميموناً بمرزوق الذي حلف بعتقه أن لا يشتريه قال : يعتقان عليه جميعاً .

قال محمد بن رشد : زاد ابن المواز في هذه المسألة ، وعليه قيمةُ العبد الذي ابتاع وبزيادة تتم ، وذلك أن البائع لمرزوق لما باعه من الذي حلف بحريته إن اشتراه عتق على المشتري بنفس الشراء ، ولما كان بيعه إياه منه بالعبد الذي كان حلف البائع بحريته إن باعه لم يصح له ملكه لوجوب عتقه على البائع ، فصار كمن باع عبدَه بعبد فأعتق المشتري العبدَ الذي اشتراه واستحق من يد البائع العبد الذي باعه بحرية ، فوجب للبائعُ أن يرجع على المبتاع بقيمة العبد الذي باعه منه لفواته عنده بالحرية .

وهذا التوجيه إن كان البائع ، لمرزوق لم يعلم بيمين المبتاع له ، وأما إن علم بيمينه فوجه وجوب القيمة له فيه هو أنه لما باعه منه وقد علم أنهما يعتقان جميعاً على المبتاع له بنفس الإبتياع ، وأنه لا يأخذ في عبده إلا قيمته صار كأنه باعه منه بقيمته وهو بيع فاسد فات بالعتق فوجبت له فيه القيمة وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال : في رجل قال غلامي ميمون حرٌّ أو مرزوق إن لم أفعل

كذا وكذا ثم يموت قبل أن يفعله ، قال يسهم بينهما ثم يعتق من وقع السهم عليه إذا حمله الثلث ولا يقوموا ولا يبالي من وقع عليه العتق على من كان أرفعهم أو أخفضهم إذا حمله الثلث .

قال محمد بن رشد : لما كان الحنثُ في أحد العبدين لا يجب إلا بالموت أشبه الوصية بعتق أحدهما، فوجب أن يسهم بينهما فيعتق من خرج السهم منهما عليه ، كان أرفَعهم أو أخفَضَهُم كما قال ، لأن الميت إنما أراد عتق واحد منهما ، وقد قيل إنه يعتق نصف قيمتهما بالسهم ، وهو الذي يأتي على ما حكاه سحنون عن مالك في سماع محمد بن خالد ، ولا يقال في هذه المسألة إن العتق يجري فيهما، فيعتقُ من كل واحد منهما نصفه إن حمله الثلث على قياس قول ابن القاسم في رسم باع شاة من سماع عيسى ، لأن ذلك عتق كان أصله في الصحة ، والسنة قد جاءت بالقرعة في العتق عند الموت إلا على من يرى القُرعة أصلاً كمذهب أهل العراق وهو قول المغيرة ، فيقول إن العتق يجري فيهما ولا يسهم بينهما ، وأما تخييرُ الورثة في هذه المسألة فلا يقال به فيها والله الموفق .

مسألة

وقال في امرأة قالت لجارية لها إن ولدت غلاماً فأنت حرة شكراً لله ، فولدت غلاما ميتا قال : تعتق .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأنها إنما قالت إن ولدت غلاما ولم تقل حيا ولا ميتا ، فوجب أن يحمل قولها على عمومه ، ومن جهة المعنى أيضاً لا فرق بين أن تلده ميتا أو حيا فيموت قبل أن يبلغ مبلغ الانتفاع به ، وقد خلصت في الوجهين جميعاً مما خشته من أن تضع جارية لكراهيتها لها ، والله أعلم ، وتعتق عليها بالحكم لأنها يمين وان خُرِجت مخرج النذور ، ولو قالت لله على أَنْ أَعتقكِ إن ولدتِ غلاما لم يحكم عليها بعتقها على مذهب ابن

القاسم خلافاً لقول أشهب ، وقول ابن القاسم أظهر لأن في الحكم عليها تفْويتاً بالوفاء بالنذر ، إذ لا يكون الوفاء دون نية وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال في رجل أعتق أم ولده على أن أسلمت له ولده الصغير منها يكون عنده : إنه يرد إليها ، وليس ذلك بمنزلة الحرة يصالحها على أن تسلمهم إليه ، فذلك جائز ولا يرجعون إليها .

قال محمد بن رشد : قد روى عن ابن القاسم أن ذلك يلزمها بمنزلة الحرة ، حكى ابن المواز عنه القولين جميعا ، وقد تكررت هذه المسألة في رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب التخيير والتمليك ، وقلنا فيها هنالك إن الأصل في هذا الاختلاف هو أنه لما أعتقها على أن أسلمت إليه ولده منها حصل إسقاطها لما يجب لها من حضانة ولدها في حال العتق معاً ، فمرة رأى الاسقاط مقدما على العتق فلم يُلْزِمها إياه إذْ لم تلتزمه إلا في حال رقها وفي حال لا تملك نفسها ، ويَقْدِرُ السيد فيه على إكراهها ، فصارت في حكم المغلوبة على ذلك ، ومرة رأى العتق مقدما على الاسقاط فألزمها إياه إذ لم تلتزمه إلا في حال حريتها بعد عتقها ، فأشبهت الحرة يصالحها على أن تسقط حقها في حضانة ولدها ، والأظهر من جهة القياس أن ذلك لا يلزمها لأنهما إذا وقعا معاً فقد وقع كل واحدٍ منهما قبل كمال صاحبه ، وعلى هذا الأصل وقع الاختلاف في الرجل يعتق أمته على أن تتزوجه بكذا وكذا ، وقد مضى الكلام على ذلك مستوفى في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح ، والأظهر من جهة المعنى أن ذلك يلزمها لأنها اختارت عتقها على حضانة ولدها كما اختارت الزوجة نفسها على ذلك ، فوجب أن يستويا وبالله التوفيق .

مسألــة

قال في رجل توفي وترك غلامين يقال لهما ميمون وسلام ،

فشهد رجلان عدلان أن أباه الميتَ قد أعتق ميموناً في صحته منه ، وقال الابن : لا ، بل سلام الذي أعتق في مرضه .

قال ابن القاسم : يقال للابن أنت تقول إنما شهد الشاهدان بزور ، وأن المعتق إنما هو سلام ، فانظر إلى قيمة ميمون وإلى ثلث ما ترك الميت فإن كان سلام يحمله الثلث مع قيمة الغلام الآخر فسلام حر ، وخرج ميمون بالشهادة حرا ، وإن لم يحمله ثلث ذلك فما حمل الثلث منه عتق وخرج الآخر حراً .

قال محمد بن رشد : قول ابن القاسم في هذه الرواية إن سلاماً يعتق إن حمله الثلث مع قيمة الغلام الآخر مثل قوله في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الوصايا وخلاف قوله في رسم العتق من سماع عيسى من هذا الكتاب على ما فسره عيسى بن دينار من أنه يعتق إن حمله الثلث دون الآخر ، وقد مضى تمامُ القول على هذا هنالك فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألـة

وقال في رجل قال في أخ له إن لم يصنع لنا فجاريته حرة ، فأقام أشهراً يماطله ، ثم صنع له بعد أشهر ، فقال : أخاف أن يحنث ، قال : وَأَرَاهُ قد حنث .

قال محمد بن رشد : خشي عليه الحنث أولاً ولم يحققه عليه ، ثم حققه عليه بقوله : وأراه قد حنث ، وإيجابه الحنث عليه وإن كان قد صنع من أجل أنه أخره ولم يعجله يقتضي ظاهره أنه حمل يمينه على التعجيل حتى يريد التأخير ، وهو خلاف المشهور في المذهب من أن من حلف ليفعلن فعلا ولم يضرب له أجلًا لا يحنث إلا بالموت إذا كان يمكنه فعل ما حلف ليفعلنه طول حياته ، فإن كانت يمينه بعتق أو بما فيه كفارة لزمه ذلك في ثلثه ، وإن كانت

بطلاق لم يكن عليه شيء إذ لا يقع الطلاق على أحد بعد موته ، وأما إذا فاته في حياته فعل ما حلف ليفعلنه مثل أن يحلف ليضربن عبده أو ليذبحن شاةً فيموت العبد قبل أن يضربه أو الشاة قبل أن يذبحها فيَحنث بالتفريط إن كان قد حيي أو حييت قدر ما لو أراد أن يضربه أو يذبحها أمكن ذلك .

والاختلاف في هذا جار على اختلاف أهل الأصول في الأمر بالشيء هل يقتضي الفور أم لا ؟ وعلى هذا اختلفوا في الحج هل هو على الفور أو على التراخي ، وقد قال أبو بكر بن محمد في هذه المسألة لا شيء عليه ، لأنه لم يضرب أجلاً فجاوزه دون أن يفعل ما حلف عليه ، وقال أبو محمد : إنما عني أبو بكر إذا لم ينو الاستعجال ، وابن القاسم خاف عليه أن يكون نوى الاستعجال فلذلك أحنثه ، ولا اختلاف إذا كانت له نية في التعجيل أو التأخير ، وإنما الاختلاف إذا عَرِيَتْ يمينه من النية على ما تحمل ؟ والمشهورُ في المذهب ما ذكرناه من أنها تحمل على التأخير فلا يحنث إلا بالموت أو بفوات الفعل ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال في رجل قال لعبده : إن فارقت غريمي فأنت حر ، ففارقه قال : قد كان لا يراه عتيقاً ، ثم عرضته عليه محلياً وما بقي أَحَدٌ فأمرني بمحوه ورآه حرا ، قال : وكذلك من قال لعبده أنت حر إن دخلت دار فلان فدخلها .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم لم يدرك من سماع عيسى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال في رجل كان جالساً في مَلَإٍ فمر به غلام له ، فقال له

بعض القوم ما اسم غلامك هذا ؟ فقال حر ، وليس اسمه حراً ، قال : هو كاذب وليس عليه شيء .

قلت : فهل عليه يمين أنه لم يُرد بقوله عتقاً ؟ قال : لا .

قال محمد بن رشد : قوله إنه لا يمين عليه هو على القياس بأن اليمين لا يلحق إلا بتحقيق الدعوى ، وقد مضى الكلامُ على هذا المعنى مستوفاً في رسم لم يدرك ورسم الرهون من سماع عيسى فلا معنى لإعادته .

مسألــة

وقال ابن القاسم في جارية بين رجلين أعتق أحدهما نصيبه ثم إن معتق النصف باعها من رجل فوطئها فحملت منه ، قال : يرجع الذي حملت منه بالثمن على من اشترى منه ، ويرجع المتمسك بالرق على الذي أحبلها بنصف الثمن فقط .

قال محمد بن رشد : قولُه ويرجع المتمسكُ بالرق على الذي أحبلها بنصف الثمن فقط كلام فيه نظر ، وإنما الواجب أن يرجع عليه بقيمة نصفها فغلب حرية نصفها الآخر . إما يوم أحبلها ولا يكون عليه شيء من قيمة ولدها ، وإما يومَ الحكمِ عليه بذلك مع نصف قيمة ولدها على اختلاف قول مالك في ذلك ، لأنه مستحق لذلك النصف من يد مشتر قد أولده ، فيجري الحكم فيه على اختلاف قوله فيمن استحق أمته من يد مشتر بعد أن أولدها ، ويكون من حقه أن يرجع على الشريك المعتق لحصته منها بما انتقصه من قيمة نصفها بسبب حرية النصف الآخر ، لأنه كان من حقه أن يقومها عليه كلها على أنها أمة لا عتق فيها ، فيأخذ منه نصف قيمتها على المشهور في المذهب ، وهو ظاهرُ الحديث ، وقد قيل إن المعتق لحظه من العبد لا يلزمه لشريكه إلا قيمة حظه بعيب، الحرية يقوم ذلك من قول ابن القاسم في كتاب الجنايات من المدونة ومن قول غيره في كتاب أمهات الأولاد منها ، فعلى هذا القول لا يكون

له رجوع إلا أن يكون بين الوقتين اختلاف في القيمة وعلى القول بأن لمستلحق الجارية وقد ولدت أن يأخذها وقيمة ولدها يكون للمتمسك بالرق أن يأخذ حظه منها ونصف قيمة ولدها ، فيُقَوَّم على المعتق لحظه منها ويكون لها ولاء جميعها ، فهذا وجه القول في هذه المسألة ، وقد رأيت لابن دحون فيها كلاماً مُخْتَلاً لا يصح ، قال : إنما رجع على المشتري بنصف الثمن لأنه هو أَفَاتَهَا وقد كانت القيمة تلزم المعتق إلا أنه لما باعها أفاتها الذي أحبلها ، فسقطت عنه القيمة ورجعت على الذي أحبلها ، والأموال تضمن بالعمد والخطإ ، وتعتق الجارية إذ لا منفعة فيها للذي أحبلها ، لأن نصفها حر ونصفها أم ولد ، ولا شيء عليه في الولد لأنه غير غاصب ولا متعدي ، هذا نصُّ قوله ، وقد مضى من قولنا ما يدل على خطائه فيه في غير ما موضع منه وبالله التوفيق .

مسألـــة

وقال في رجل حلف بعتق جارية له ليبيعنها فولدت له أولاداً أو فرط في بيعها ثم باعها أترى عليه بيع ولدها ؟ قال : إذا باعها فقد برَّ في ولدها .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، إذ لم يحلف على بيع ولدها ، وإنما حلف على بيعها فإذا بَرَّ فيها ببيعها لم يكن عليه في ولدها شيء ، وإن لم يبعها حتى مات عتقت في ثلثه وعتق ولدُها فيه أيضاً على الاختلاف الذي قد مضى في غير ماموضع من هذا الكتاب وغيره ، وقد مضى تحصيله في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق .

مسألـــة

وقال في رجل قَيَّدَ عبدَه وقال : أنت حر إنْ نزعت هذا القيدَ عن رجلك أبدا حتى تحفر لي مرحاضاً طوله كذا وكذا ، قال : ينظر

السلطان فإن كان شيئاً لا يستطيع رجل أن يحفره رأيت أن يُتْرَكَ ، لِأَنَّهُ لا يُتْرَكُ وذلك ، قيل له : افيترك في القيد ؟ قال : إن كان لا يقوى على ما حلف عليه عتق وَحُلَّ عنه .

قال محمد بن رشد : قوله إن كان لا يقوى على ما حلف عليه عتق وحُلَّ عنه القيد يدل على أنه إن كان يقوى على حفره وهو مقيد على حاله تُرِكَ مقيداً حتى يحفره ، ولم يعتق عليه ، وهذا إنْ كان لتقييده إياه وجهٌ من أنه يخشى إباقه وأنه إنما قيده أدباً له على شيء صنعه .

وأما إن كان قيَّده لغير سبب وحلف أن لا يحله منه حتى يحفر له ما حلف عليه لوجب أن يطلق عليه إلا أن يكون القيدُ خفيفاً لا مشقة عليه فيه ، فقد قيل إن الرجل إذا حلف بحرية عبده أن يضربه الأسواط اليسيرة على غير سبب يُمَكَّنُ من ذلك ولا يعتق عليه ، قال ذلك ابن أبي زيد ، وهو ظاهر ما في الواضحة في الزوجة وهو بعيد ، فلا يجب أن يحمل ذلك على ظاهرة ، وإنما يُتَأَول على أنه يصدق في أنه قد أذنب ما يستوجب ذلك الضرب اليسير ، وقد مضى هذا المعنى مُجَوَّداً في رسم العتق من سماع أشهب من هذا الكتاب ، وفي أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل ابن القاسم عن عبد بين رجل وامرأته فقال الزوج : نصيبي منك حر إذا ماتت امرأتي، وقالت المرأة: نصيبي منك حر إذا مات زوجي . قال : إذا مات الزوج عتق نصيب امرأته من رأس ماله ولا يلحقه دين كان بعد ، ويُبَدَّأُ على الوصايا وَخَدَمَ ورثة الزوج أبدا حتى تموت المرأة ، فإذا ماتت المرأة خرج حراً كله من رأس المال ولا يلحقه دين كان بعد ويُبَدَّأُ على الوصايا .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم أوصى أن ينفق على أمهات أولاده فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألــة

قال ابن القاسم في الرجل يحلف بالطلاق أو بالحرية ليضربن غلامه مائتي سوط أو ثلاثمائة فضربه ضرباً ينهكه ويبلغه هل يعتق عليه ؟ قال : لا أرى أن يعتق عليه إلا أن يكون قد بلغ به الضرب أمراً يكون فيه مُثْلَةٌ شديدةٌ من الأثر ، فإن كان الضرب قد بلغ به من ذهاب لحمه حتى صار مُثْلَةً ، قال ورب ضربٍ يُذْهِبُ اللحم حتى يبلغ العظم فيصير جلداً على عظم يتآكل ، فان بلغ منه هذا حتى يصير مثلة بينة عند الناس رأيته مثل قطع الأصابع وما أشبهه ورأيت أن يعتق عليه وإلا فلا شيء عليه ، ولو رُفِعَ مثلُ هذا إلى السلطان قبل أن يضرب الضرب الذي يعلم أنه إن ضربه إياه خيف على العبد منه رأيت أن يعتق عليه وتطلق عليه امرأته ، ولا يمكن من ضربه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال : لأنه إذا أَثَّرَ الضرب بجسده هذا التأثير فهو تمثيل به وان لم يقطع جارحة من جوارحه قياساً على الحرق بالنار الذي جاء فيه الأثر : قول النبي عليه السلام : من مثل بعبده أو أحرقه بالنار فهو حر وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال في رجل قال لجاريته أنتِ حرة إنْ لم أبعكِ ولو بوضيعةِ عشرة دنانير ، فلم يُعْطَ إلا وضيعة خمسةَ عشر ديناراً قال : لا يحنث ويطأها وإن مات لم تعتق في ثلث ولا غيره ، ويتعرض بها الأسواق .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلامُ عليها في رسم

يوصي لمكاتبه من سماع عيسى من هذا الكتاب وفي رسم المكاتب من سماع يحيى من كتاب الايالة فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال في رجل اشترى أمة فوضعت للإستبراء فحلف بعتقها لرجل ليقضينه حقه فحنث ، ثم ظَهَرَ بالجارية حملٌ ليس هو من البائع ، قال : يردها بالحمل ويأخذُ الثمنَ ولا عتق عليه .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قال بعض الناس فيها : إنها مسألة حائلة لابن القاسم ليست على أصله في أنَّ للمشتري أَنْ يسقط المواضعة عن البائع ويقبلها بعيب الحمل إنْ ظهر بها إذا لم يقع على ذلك ، خلافُ ما ذهب إليه سحنون من أن ذلك لا يجوز له لأنـه يتهم في إسقاط الضمان عن البائع وتعجيل النقد على أن يتعجَّل الانتفاعَ بالجارية قال : وروايةُ محمدِ بن خالد عنه في كتاب الإستبراء يردها ، وذلك أنه قال فيها في الرجل يشتري الجارية فتوضع للإستبراء فيعتقها المشتري وهي في المواضعة من قبلِ أنْ تستبرى : إنَّ عتقه يمضي ولا يكون له أن يردها وإن ظهر بها حملٌ إذا كان بائعُها لا يدعي حملها ، لأنه قد قطع ذلك عن نفسه بعتقِهِ إياها ورضى بذلك ، وليس ذلك عندي بصحيح ، لأنه إذا بَتَّلَ عتقَها فقد رضي بعيب الحمل إنْ ظهر وأَسقَطَ التبعة فيه عن البائع بقصده الى تفويتها بالعتق ، والحالفُ أَنْ يقضيَ غريمَه حقَّه ليس بقاصد إلى تبتيل العتق باليمين ، وإنما قصد به إلى التَخلُّصِ من غريمه فلا يحمل عليه ان رضى بعيب الحمل إن ظهر إذْ لم يُرِدْ إلَّا البر بالقضاء ، ولعله غُلِبَ على الحنث بالعجز عن القضاء ، فوقع الحنث بغير اختياره ، وهذا فرق بيِّنٌ بَيْنَ المسألتين ، فلا يحمل على ابن القاسم التَّنَاقُضُ والإضطراب في ذلك ، ويأتي على ما ذكرناه من مذهب سحنون أنَّ عتق المشتري فيها في أَمَدِ المواضعة لا يلزمه ، وأنَّ له أَنْ يردها إنْ ظهر بها حمل ويبطل العتق ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن رجل أرسل غلامَه يستقي له على دابته فأَبْطَأَ ، ثم أرسل غلاماً لَهُ آخر فقال له : إذهب فخذ الدَّابَةَ منه ، فإن أبى عليك فاكسر القلل وأَنت حُرٌّ إن تركتَه يستقي إن لم أَبِعْك عبداً ، فذهب فوجده قد استقى وهو مقبل ، فأَخَذَ الدابة منه فلم يُمَانِعْه فجاء الغلامُ بالماء فصب في البيت فقال : لا شيء عليه ، أرأيت إن قال : إن تركتَه يطبَخُ هذا القِدر فأنتَ حر فوجده قد طبخه أعليه شيء ؟ فهذا مثله .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله إنَّه لا شيء عليه إذَا لم يدركه قبل أن يستقي وقبل أن يطبخ القدر ، ومثلُه ما مضى في آخر رسم سلف من سماع عيسى من هذا الكتاب ، وفي رسم العرية من سماع عيسى من كتاب النذور ، وقد مضى الكلامُ على ذلك في الموضعين ، وبينا فيهما أنه لا اختلاف في ذلك ، بخلاف الذي يحلف أَنْ لا يبيع السلعة هو وقد باعها ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال في امرأة قالت : إن تزوجتُ فلاناً فجاريتُها حرة فتبيعُ الجاريةَ ثم تتزوج فَتُرَدُّ عليها الجاريةُ بِعَيْبٍ . قال : تحنث ، فإن ردت إلى المشتري قيمة العيب وحنثت وإن حبسها المشتري بذلك العيب ورضي لم يكن عليها حنث .

قال محمد بن رشد : أما إذا رُدَّت عليها الجاريةُ بعيب فقوله إنها تحنث هو على قياس القولِ بأنَّ الرد بالعيب نقضُ بيع ، ويأتي على قياس القولِ بأنَّ الرد بالعيب ابتداء بيعٌ أنْ لا حنث عليها . كما لو اشترتها إلَّا من وجه

أنَّها تُتَّهم إذا اشترتها من الذي باعتها منه أنها عملت معه على ذلك لتبْرأ من الحنث فيكون لذلك وجهٌ إذ قال في المدونة وغيرها إنَّ من خلف بحرية عبده أَنْ لا يفعل فعلاً فباعه ثم اشتراه أو وهب له إن اليمين ترجع عليه ويحنث بحريته إن فعل ذلك الفعل إلاَّ أن يعود اليه بميراث ، وقد مضى في رسم باع شاة من سماع عيسى ما فيه بيانُ هذا .

وأما قولُه إنها إن ردت الى المشتري قيمة العيب وحنثت فهو بعيد إذْ لم تنتقل الجاريةُ بذلك عن مِلْكِ المشتري فكيف تحنث البائعةُ بعتقها وهي في ملك غيرها ، ووجه ذلك على ما فيه من البعد أنَّ الرد لما كان قد وجب للمشتري بإقراره له بالعيب ولعله قد دَلَّسَ له به كان إذا أَخَذَ منه قيمةَ العيب كأنَّه قد ردها إليه ثم اشتراها منه ثانية بما بقي من الثمن بعد قيمة العيب ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قال أبو زيد : قيل لابن القاسم أرأيت لو أنَّ مفلساً ورِثَ أباه أو وُهِبَ له ماذا يكون للغرماء فيه ؟ قال : إن ورثَه لم يعتق عليه إذا كان الدينُ يحيط بماله ، وكان الدين أولى به لأنه كشيء أفاده .

وأما ما وُهب له فإنه يعتق عليه وليس لأهل الدين فيه شيء ، لأنه لم يوهب له ليأخذه أهلُ الدَّين ، وإنما أراد حين وهب له أن يُعْتِقَه ، فإذا أخذه أهلُ الدين كان قد أضرَّ به .

قال محمد بن رشد : أشهبُ يقول إنَّ العتق أولى به في الميراث كالهبة ، وبه قال محمدُ بن المواز ، ولا وجه للتفرقة بينهما ، واعتلالُه لوجوب عتقه في الهبة بأنَّ الواهب لم يَهَبْه إلاَّ ليعتق لا ليأخذه أهل الدين إعْتِلَالٌ ضعيفٌ ، إذ لا يُدري لعل الواهبَ إنما أراد رفق الموهوب له ليؤدي عنه ديونه من ثمنه ، ولعله ممن يجهل أنه يعتق عليه ، فلا يصح في المسألة إلاَّ قولان ،

أحدهما أنه يعتق في الوجهين على قياس القول بأنه لا يتقرر له عليه ملك وهو حر بنفس الشراء ، **والثاني** أنه لا يعتق عليه في الوجهين ويباع فيما عليه من الدين على قياس القول بأنه باق على ملكه حتى يعتقه أو يعتق عليه على ظاهر ما جاء عن النبي عليه السلام من قوله « لا يجزي وَلَدٌ والدَه إلَّا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه »(١٣) وقد مضت هذه المسألة متكررة والقولُ عليها مستوفى في سماع أبي زيد من كتاب المديان والتفليس ، وذكرنا هناك ما يختلف فيه من المسائل على هاذين الأصلين فلا معنى لاعادته .

ومن كتاب النسمة

قال ابنُ القاسم في رجلٍ تزوج أَمَةً فولدت غلاماً فكبر الغلامُ ثم مات أبوه فتزوج ابنُه هذا حُرَّةً فولدت له ولداً بعد وفاة الجد والأبُ المملوكُ حي قال : ولاؤُه لموالي أُمه ولا يَجُرُّ الجدُّ المتوفى ولاءَ وُلْدِه الذين وُلِدُوا بعد موته إنما يَجر ما كان حياً قال : ولو توفي الجد وأُمه حامل جَرَّ ولاءَه ، وكان ولاءُه لموالي الجد إذَا حملت به قبلَ وفاة الجد ، قال : والأب المملوك ها هنا لا يحجب ولا يضره وهو بمنزلة الميت والكافر .

قال محمد بن رشد : هذا الرَّسْمُ بجملته من سماع عيسى هو في آخر سماعه ، وقد مضى الكلام عليه في موضعه مستوفى ، وَتَكَرَّرَ ها هنا في بعض الكتب فلا معنى لإعادة الكلام عليه .

---

(١٣) رواه مسلم في العتق ، والبخاري في الأدب ، والترمذي وابن ماجه عن أبي هريرة . وفي منتقى الأخبار . رواه الجماعة إلا البخاري ، ولعله يعني في الصحيح .

مسألـــة

قيل لابن القاسم أرأيت العبدَ بين الرَّجلين يحلف أحدُهما بحريته أن يضربه ، ويحلف الآخر بحريته أَنْ لا يضربه ، من يحنث منهما ؟ قال ابن القاسم : ينظر في ذلك ، فمن حلف منهما على الظلم والتعدي حنث وأعتِقَ عليه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأنَّ العبدَ بين الشريكين ليس لأحدهما أَنْ يؤدبه إذا أبى ذلك عليه شريكُه إلاَّ بالسلطان ، كما إذا كان بعضُه حراً حسبما مضى في رسم البز من سماع ابن القاسم ، فإذا حلف أحدُ الشريكين أَنْ يضربه وحلف الآخر أَنْ لا يضربه وجب أن ينظرَ السلطانُ في ذلك كما قال بأَنْ يوقفه على المعنى الذي حلف أن يضربه من أجله ، فإن كان مما لا يستوجب به الضربَ أعتقه عليه وأغرمه نصف قيمته لشريكه ، وإن كان مما يستوجب به الضرب وأقام بذلك بينة لا مدفع لشريكه فيها إذا كان منكراً أمكنه من البرِّ فيه بضربه ، وعتق العبدُ على شريكه على قوله في هذه الرواية ، ورأيته عن مالك في رسم سلعة سماها ورسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب الأيمان بالطلاق ودليل ما في كتاب التخيير والتمليك من المدونة من أنَّ من حلف أن لا يفعل فعلاً يحنث إذا قضى به عليه السلطانُ إلاَّ أن يقول لم أرِد مغالبة السلطان فيُنَوَّى في ذلك مع يمينه على ما قاله في آخر رسم الطلاق الثاني من سماع أشهب من كتاب الأيمان بالطلاق أيضاً ، ولا يعتق عليه على مذهب ابنِ الماجشون في أنَّ من حلف أَنْ لا يفعل فعلاً فَقَضَى به عليه السلطانُ لا يحنث إلاَّ أن يقول ولا بالسلطان أو يحلف بحضرته فيتيقن بذلك أنه أراد مغالبتَه ، وبالله التوفيق .

تم الكتاب الرابع من العتق بحمد الله تعالى

بسم الله الرحمن الرحيم
وصلى اللّه على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين

كتاب المدّبر

من سماع ابن القاسم من كتاب قطع الشجر

أخبرني محمدُ بنُ عمر ابنِ لبابة قال : أخبرني العُتبي قال : أخبرنا سحنون قال أخبرنا ابنُ القاسم عن مالك أنه قال : من دَبَّر عبده واشترط ماله من بعد موته بغير موت السيد كان جائزاً له .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، ومثلُه في سماع أصبغ عن ابن القاسم في رسم المدبر منه ، قال : وهذا مما لا شك فيه ، وإنما هو رجلٌ أوصى فقال : إذا مت فعبدي حر خذوا منه مالَه ، ألاَ ترى لو أَنَّ مريضاً قال في مرضه غلامي مدبر وخذوا منه ماله أُخِذَ منه فما استثنى في الصحة بمنزلة ما استثنى في المرض ، قال : فإذا ماتَ السيدُ قُوِّمَ في الثلث بغير ما له بِبَدَنِه خالصاً ، وأخذ منه ما كان بيده فكان مالاً من مال الميت يقوم فيه رقبته مع غيره من مال الميت ، وقاله أصبغُ ، وفي المدنية لابن كنانة خلافُ ذلك ، قال : سئل ابنُ كنانة عن الرجل يدبر عبدَه ويستثني ماله ، فقال : ليس ذلك من عمل الناس ولا مما يعرف في أَمْرِ المدبر ولا مما جاءت السنة فيه ، وليس ذلك له ، ويتبعُه مالُه كما جاءت السنة فيه ، قال ابنُ كنانة : ومما يبين لك ذلك لو أنَّ رجلاً قال في مرضه غلامي مدبر وخُذُوا منه مالَهُ لم يُؤخذ منه فهذا بين ، والحجةُ فيه قولُه لأن ما استثنى في الصحة بمنزلة ما استثنى في المرض ، وقولُ ابن القاسم وروايتُه عن مالك في هذه المسألة هو الصحيح في

النظر ، لأنه إذا جاز أن يعتق الرجلُ عبده ويستثني مالَه جَازَ أَنْ يُوصِيَ بذلك وأن يدبره على ذلك ، ولا يلزم ابنَ القاسم ما احتج به ابنُ كنانة من قياس امتناع جوازِ ذلك في الصحة على امتناعه في المرض ، لأن جواز ذلك عنده أبينُ في المرض منه في الصحة ، وقد استـدل ابنُ القاسم على جوازه في الصحة بجوازه في المرض ، فبان بذلك ضعفُ قولُ ابن كنانة وبطلانُ حجته على ابنِ القاسم وبالله التوفيق .

مسألة

وقال مالك فيمن انتزع أُمَّ ولد مدبره ثُمَّ رَدَّهَا إليه فهي على حالِها الأولِ عنده .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة فيها نظر ، لأنَّ قولَه إنما يرجع عنده إذا ردها اليه على حالها الأول معناه على حالها الأول من حرمة إيلادِه لها الذي يوجب لها أَنْ تكونَ به أُمَّ ولد إذا أعتق وهي عنده ، وقد اختلف في ذلك قولُ مالك فقال مرة إنها تكون أُمَّ ولده إذا أمضى إلى الحرية بما ولدته في التدبير ، وقال مرة إنَّها لا تكون بذلك أم ولد حتى يولدها بعد أَنْ أعتق ، فكان القياسُ إذَا انتزعها منه ثم ردها اليه أَنْ ترجع اليه رقيقاً ، وتبطل الحُرْمَةُ التي كان لها بإيلاده إياها على أحد قولِي مالك كما لو باعها بعد أَنْ أولدها ثم اشتراها ، ويحتمل أن يكون تكلم في هذه الرواية على القول بأنَّه لا حرمة لها بإيلاده إيَّاها في حال التدبير حتى يولدها ثانيةً بعد أن أمضى الى الحرية ، فيكون قولُه صحيحاً لا اعتراض فيه ، لأنها على هذا القول أَمَةٌ له لا حرمة لها بإيلاده إياها قبل أن ينتزعها فكذلك تكون بعد أَنْ رَدَّهَا إليه وبالله التوفيق .

ومن كتاب سَنّ رسول الله صلى الله عليه

قال ابنُ القاسم : قال مالك : من دَبَّرَ رقيقاً له في صحةٍ أو في

مرض فدبر بعضَهم قبل بعضٍ وعليه دينٌ ، بِيعَ الآخِرُ فالآخِرُ في الدين ، فإذا استوعب الدين رجع إلى الأوَّلِ فالأوَّل فعتق ما حمل الثلث ورق ما بقي .

قال محمد بن رشد : هذا مثلُ ما في المدونة من أنَّ المدبر في الصحة أو في المرض يُبَدَّأ في الثلث الأولُ منهم فالأولُ ، وإذا بُدِّيء الأول فالأول وجب على قياس ذلك أَنْ يباع الآخِرُ فالآخِرُ في الدين على ما قال في هذه الرواية .

وسحنونُ يقول : إن التدبيرَ في الصحة وإن كان شيئاً بعد شيء فهو بمنزلة ما لو دبرهم في كلمة واحدة ، لأنَّ له أن يعتق بعد تدبيره ويهب ويتصدق ولا يمنع ولا يقال له أَدخلتَ الضرر على المدبر ، وأما إذا كان التدبيرُ في كلمة واحدة في الصحة أو في المرض أو في الوصية بعد الموت فلا يبدأُ أحدٌ منهم على صاحبه ولا يسهم بينهم ، وإنما يعتق من كل واحد منهم ما حمل الثلث من جميعهم ، وكذلك إن كان عليه دينٌ يباع من كل واحد منهم بالحصص ما نابه من الدين ، اتفقت قيمتهم أو اختلفت ، مثال ذلك أن يكون له ثلاثة مدبرون في كلمة واحدة قيمة أحدِهم مائة ، والثاني مائتان ، والثالث ثلاثُمائة وعليه دينٌ مائةٌ ، فيباع من كل واحد منهم سدسه ، وكذلك إن كانت قيمتُهم سواءً مائتان مائتان وعليه دينٌ مائةٌ يباع من كل واحد منهم سدسُه ، ولو كانت قيمة كل واحد منهم مائة مائة وعليه دين مائة لَبِيع من كل واحد منهم ثلثُه ، بخلاف الموصي بعتقهم والمبتلين في المرض ، هؤلاء يقرع بينهم فيمن يباع منهم في الدين وفيمن يعتق منهم بعد الدين على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك ، ولابن نافع في المدنية أنه يقرع بين المدَبَّرين كما يقرع بين الموصي بعتقهم وبين المبتلين ، وقد مضى هذا في رسم الصلاة من سماع يحيى من كتاب العتق وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك عن المرأة ذات الزوج تُدَبِّرُ ثلثَ جاريتها ، قال : يلزم ذلك ، قال : وأراه أَرَادَ التدبيرَ كله ، مثلُ الرجل تدبر عليه كلها . قال ابنُ القاسم : وأرى أن تدبر عليها كلها ، قال ابن القاسم : لأن عندنا من قول مالك في المرأة ذات الزوج تدبر جاريتَها كلها وليس لها مالٌ غيرها فيَرُدُّ ذلك زوجُها قال: ليس ذلك له، هي مدبرة كلُّها على حالها ، قال ابن القاسم : وإنما فرق بين التدبير كله من المرأة ذاتِ الزوج والعتق ، لأن التدبيرَ لا يُخْرِجَ من يدها شيئاً وهو موقوف معها حتى يخرج من ثلثها ، فليس لزوجها في ذلك حجة ، إنما هي وصية ، والعتق يخرج ذلك من يديها ، فهذا فرق ما بينهما ، وهو وجه ما سمعتُ لم يروه سحنون وكرهه ورآه خطا لا شك فيه ، وقاله مطرفُ وَأَبَاهُ ابنُ الماجشون .

قال محمد بن رشد : قد روى عن مالك مثلُ قول ابنِ الماجشون وسحنون ها هنا ، وفي كتاب ابن سحنون أن المرأة ذات الزوج لا يجوز لها أنْ تدبر جاريتَها إذا لم يكن لها مال غيرُها إلاَّ بإذن زوجها ، قال في كتاب المدنية عبد الرحمن بن دينار : وحدثني محمدُ بنُ يحيى السبائي أنَّه سمع مالكاً يقول في امرأة دبَّرَتْ نصفَ عبدها ولها زوج وليس لها مالٌ غيرُه : إنه لا تدبير عليها كله ولا يكون منه مدبراً إلا ما دبرت ، لأن زوجَها يمنعها من ذلك ، فإن لم يكن لها زوج كان مدبراً كله ، وفي قول مالك في هذه الرواية إنه لا يكون منه مدبراً إلاَّ ما دبرت من أجل الزوج نظرٌ على أصله في أَنَّ التدبير كالعِتْقِ للزوج أَنْ يرد منه ما زاد على الثلث إذ قال إنه لم يكن لها مال غيرُه ، فكان القياسُ على أصله أن لا يكون مدبراً منه إلاَّ الثلث .

ولكلا القولين وجهٌ من النظر ، فوجه قول ابن القاسم وروايته عن مالك

في أنَّ لها أن تدبر عبدها وأن لم يكن لها مالٌ سواه أن من حقها أن تُمسِكَه طولَ حياتها ولا تبيعه ، فلا حجة له عليها في تدبيرِهَا إياه ، ووجهُ قول مالك في رواية محمد بن يحيى السبائي عنه وقول ابن الماجشون وسحنون أنها إذا دبرت عبدها ولا مال لها سواه فقد حَجَّرَت على نفسها جميعَ مالها والزمت ذلك نفسَها إلزاماً لا رجوع لها فيه ، فصار ذلك كالتفويت له وبالله التوفيق .

ومن كتاب المُحْرِم يتخذ الخرقة لفرجه

وسئل مالك عن رجل قال : غلامي مدبرٌ عن ابني في وصيةٍ أوصى بها عند موته وأوصى بوصايا مع ذلك .

قال ذلك جائز . قال ابن القاسم وليس له أنْ يرجع فيه لأنه أعتقه إلَى أجل من الآجال ، قال ابنُ القاسم ولو كانت جاريةً لم يطأها الأبُ ولا الابنُ ، قال وولاؤُه للإبن الذي دبَّر عنه .

قال محمد بن رشد : حمل قولَه في هذه الرواية لغلامه أنتَ مدبر عن ابنيْ أنه إنما أراد أنه حر عنه بعد موته فَرَآهُ معتقاً إلى موت ابنه عنه ، كأنه قال عبدي حر إذَا مات ابني وجعل له ولاؤَه ، لقوله عن ابني ، فهو حر على هذه الرواية من رأس المال إذا مات ابنه ، مات قبله أو بعده، وذلك خلافُ ما يأتي في سماع أبي زيد من أنَّه إنما يعتق بعد موته مِنْ ثلثه إلاَّ أن يقول هو حر عن دُبُرِ ابني فحينئذ يكون معتقاً إلى موت ابنه من رأس ماله ، والكلامُ محتمِل للوجهين ، فيجب على أصولهم أن يسئل عما أريد من ذلك ، فما قال قُبِلَ قوله فيه ، وإنما يكون هذا الاختلافُ إذا سُئِلَ فقال لم تكن لي نية ولا أدري ما أردتُ أو مات قبل أَنْ يسئل ، فعلى قول ابن القاسم في هذه الرواية لا يعتق حتى يموت ابنُه وعلى رواية أبي زيد إذا مات من ثلثه ، وولاؤُه على كل القولين للابن ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب يسلف في المتاع والحيوان

قال ابن القاسم : حدثني مالك عن أَبِي الرجال عن عَمْرَةَ ابنتِه عن عبد الرحمن عن عائشة أَنَّ جاريةً لها سَحَرَتْهَا وأنَّ سِنْدِياً دخل عليها في مرضها ، وأنه قال لها إنَّك مُسْحَرَةٌ قالت : من سحرني ؟ قال لها : جارية في حجرها صبي وقد بال عليها ، فدعت جاريتَها فقالت حتى أغسل بولاً في ثوبي فقالت : سحرتني ؟ فقالت : نعم ، قالت : وما دعاكِ الى ذلك ؟ قالت : أردتُ بذلك تعجيلَ العتق فأمرتْ أخاً لها أن يَبيعها من الأعراب ممن يُسِيء ملكها ، فباعها ، ثم إنَّ عائشة أُرِيَـتْ بعد ذلك في النَوْم أنْ اغتَسِلِي من ماء ثلاثةِ آبارٍ يَمُرُّ بعضها بعضاً ، فاستقي لها فاغتسلت فبرئت ، قال سحنون : معنى الجارية أنَّها كانت مدبرةً .

قال محمد بن رشد : إنما قال السندي لعائشة إنها سُحِرَتْ وإن الذي سحرها جاريةٌ في حجرها صبي وقد بال من ناحية الكهانة ، والكاهنُ قد يصيبُ في يسيرٍ من كثيرٍ بما يُلقِيهِ اليه وَلِيُّه من الجن فيما استرق من السمع فيخلط اليها مائةَ كذبة على ما جاء من ذلك في الحديث ، والله أعلم ، وقولُ سحنون يعني الجاريةَ أنها كانت مدبَّرَة ، صحيح ، قد قاله مالك في كتاب ابن المواز وكتابِ ابن سحنون ، وحكى ابنُ حبيب عن ابن وهب عن عبد الجبار ابن‌عمر عن ابن شهاب وربيعة ابن أبي عبد الرحمن أنهما قالا : كانت لعائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم جاريةٌ مدبرة فاتهمتها بسحر ، فقالت : أَمَا واللّهِ لأُغَرِّبَنَّكِ فيمن لا يَرْثِي لك ، فباعتها من الأعراب فأُخبِرَ بذلك عمرُ بن الخطاب ، فبعث في طلب الجارية فأعجزته ولم يجدها ، فأرسل إلى عائشة فأخذ الثمن منها ، فاشترى بها جاريةً فجعلها مكانها على تدبيرها ، وقال مطرف عن مالك : ليس العملُ عندنا على حديث عائشة حين باعت مدبرة لها

اتهمتها بسحر ، وقال سحنون في كتاب ابنِه ولا حُجَّةَ علينا في فعل عائشة من ذلك ، لأن الحادث الذي فعلت من السحر يوجب قتلَها فكيف بيعها ؟ ولا يجوز بيعها عند أحدٍ من السلف بغير حادث ، وليس قولُه في ذلك عندي ببين ، وإنما باعتها عائشة لأنها رأت أَنَّ تدبيرها قد بطل لِمَا أَرادتْ من استعجال عتقها بقتلها بالسحر الذي سحرتها به ، وذلك بين من قولها في الحديث : أردتُ بذلك تعجيلَ العتق ، فلما أرادت أن تتعجله قبلَ وقته حُرِمَت إياه كما حرم القاتلُ عمداً الميراثَ بما أراد من تعجيله قبل وقته ، فهذا وجهُ ما ذهبت اليه عائشةُ رضي الله عنها ، ولم يرد ذلك عمرُ فحكم بما رآه باجتهاده إذْ كَان هو الإمام ، ورأى مالك ما قضى به عمر فأَخَذَ به وترك ما ذهبت إليه عائشةُ ، وإليه ذهب أيضاً ابنُ القاسم في رواية أصبغ عنه على ما يأتي له في رسم المدبر من سماعه خلافُ قول أصبغ فيه على ما سنبينه ان شاء الله .

من سماع أشهب وابن نافع من مالك
من كتاب العتق

قال أشهب : وسمعتُ مالكاً يُسئَلُ فقيل له إنَّ عندي يتيماً في عِيالي وبيني وبينه مملوكٌ، لي ثلاثةُ أرباعه، وله ربعه، فأردت تدبيرَه فقال : ما ثمنه ؟ أم يسير أم كثير ؟ فقال: ما لي علم بثمنه ، فقال : إني أحب أن أعلم ما ثمنه ، فقال هو وصيف رباعي ، فقال : ما أرى لك ذلك ، يكون أنت الذي تعمل فيما بينك وبين يتيمك ، ولكن لو أتيتَ السلطانَ حتى يقيمه[1] بقيمته وينظر فيه لليتيم ، فأما أن يكون أنت الذي تعامل نفسك ، فلا .

---

(١) لعل الصواب حتى يقومه بالواو ، وفي الحديث قالوا : يا رسول الله لو قومت لنا ، فقال : الله هو المقوم ، أي لو حددت لنا سعره .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله لأنه متهم في اشترائه مال يتيمه ، فالحظ له أَنْ يأتي السلطانَ في ذلك حتى يكون هو الذي يحكم فيما بينه وبين يتيمه بما يراه لَهُ من السَّدَادِ في القيمة ، وبالله التوفيق .

من سماع عيسى عن ابن القاسم من كتابٍ أولُه نقدها نقدها

قال عيسى : وسألتُ ابنَ القاسم عن رجل قال لغلامه : أنتَ مدبر إلى عشر سنين ، قال أراه حُرّاً إلى عشر سنين ، فإن مات السيد قبلَ ذلك لم يُعتق إلاّ إلى عشر سنين .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ابن القاسم ، لأن المعنى في قول الرجل لغلامه أنت مدبر إلى عشر سنين أنت حر إلى عشر سنين ، فعبر بلفظ التدبير عن لفظ الحرية اذا كان التدبير سبباً لها وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله عبد استأذن سيده

قال عيسى : وسألتُ ابنَ القاسم عن عبد استأذن سيده في تدبير جاريةٍ له فأذِن له فدبرها ، قال : لا يمسها السيدُ ولا العبدُ لأنها معتقة إلى أجل ،وهي تخرج من رأس المال ، ولا يلحقها دَينٌ وَوَلَاؤُها للسيد وإن عتق العبد .

قلت : فإن وطئها العبدُ فحملت ؟ قال : توقف هي وولدُها حتى يموت العبدُ فتعتق .

قلت : فان وطئها السيدُ فحملت ؟ قال : يُلحق به الولدُ

وتوقف هي حتى يموت العبد فتعتق أو يموت سيدُها قبلَ موت العبد فتعتق عند موته ، ولو قال قائلٌ إنها تعتق عليه ساعتَئِذْ حَمَلَتْ ، لم أَعِبْ قوله ، ولكني لستُ أحب أن أحمل عليه في العتق حَدّاً ، قال عيسى : تعتقُ عليه الساعةَ .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة حسنةٌ بينة كلُّها ، إذ لا فرق في المعنى بين أن يدبرها العبدُ بإذن سيده أو ينتزعها منه السيدُ فيعتقها إلى موت العبد فهي معتقة إلى أجل ، وإن وطئها العبدُ فحملت منه كان ولدها منه بمنزلتها في أنه يعتق بعتقها ، ويعذر بالجهل في وطئها فيلحق به ولده منها ، وإن وطئها السيدُ لحق به ولدُها أيضاً لأن له شبهة في وطئها ، إذ هي معتقة إلى أجل ، وإذا أُلْحِقَ بِهِ ولدُها منها كان لها حكمُ أُمِّ الولد في وجوب العتق لها بموته ، فوجب أن تعتق إلى أوَّلهما موتاً ، هو أو العبد كما قال ، ولم يَرَ ابنُ القاسم أن يعجل لها العتقُ وإن كان لا يجوز له وطئها لأنَّ له أن يستمتع من خدمتها طول حياته بما يستمتع به السيدُ من خدمة أُم ولده في الشيء اليسير الذي يشبهها ، ولم يُرَاعِ عيسى ذلك الاستمتاع الذي له من خدمتها ليسارته ، فرأى أنْ يعجل عليه عتقَها ، والظالمُ قد يُحملُ عليه بعضُ الحمل .

مسألــة

قال : وسألته عن المدبَّرِ يَقتلُ سيدَه قال : إن كان قتله خطأً عتق في ماله ولم يعتق في ديته ، وكانت الدية عليه دَيناً وليس على العاقلة منها شيء لأنه صنع وهو مملوكٌ ، وإن كَانَ قَتَلَه عمداً قُتِلَ به ، فإن استحياه الورثَةُ بطل تدبيرُه وكان عبداً لهم مملوكاً .

قال محمد بن رشد : قولُه إن كان قتله خطأ تكون الدية عليه ديناً صحيحٌ على معنى ما في المدونة وغيرها ، قال أصبغُ في رسم سلف من سماع عيسى من كتاب الديات : وهذا إذا حمله الثلثُ وإن لم يخرج من الثلث عَتَقَ

منه ما حمل الثلثُ وكان عليه من الدية بقدر ما عتق منه ، يؤخذ من ماله إن كان له مال أو يتبع به ديناً إن لم يكن له مال ، ولا يدخل فيما يؤخذ منه الدية ولا يعتق فيها منه شيء ، وقوله صحيح تذييل لقول ابن القاسم وزيادة عليه .

وقوله إنه يبطل تدبيره إن كان قتله عمداً هو على قياس ما أجمعوا عليه من أنَّ القاتل عمداً لا ميراث له ممن قتله ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسألتُ ابنَ القاسم عن مدبرة جرحت رجلًا وهي حامل ، فلما وضعت أسلَمَها سيدُها إلى المجروح .

فقال : سيدُها فيها بالخيار إن شاء أسلمها بغير ولد تُخْتَدَمُ بدية الجرح أسلمها ، وإن شاء افتداها بدية الجرح ، فإن أسلمها أُخدِمَت أو أُجِّرَتْ ، فإن استوفى المجروحُ من خدمتها أو إجارتها ديةَ الجرح رجعت إلى سيدها على ما كانت عليه من التدبير ، وإن لم يستوف المجروح دية جرحه حتى توفي سيدها عتقت هي وولدها إن خرجوا من الثلث ، واتبعها المجروح ببقيته دية جرحه ديناً عليها ، وإن لم تخرج هي وولدها من الثلث ولم يدع سيدها ديناً عتق منها ومن ولدها ما خرج من الثلث ، ورق ما بقي فيما عتق منها كان عليها من بقية دية الجرح بحسابه إن عتق نصفُها كان عليه نصفُ بقيته ديـة المجروح ، ويخير الورثة فيما رق منها إن كان نصفها أو ثلثها في أن يُسلموه إلى المجروح مما يصيبه من بقية دية جرحه أو يفتكوه به ، وإن كان الميتُ ترك ديناً بيع منها ومن ولدها مقدار الدين وبيع منها أيضاً بقدر دية الجرح ، ثم يدفع إلى أهل الدين دينهم ، وإلى المجروح بقيةُ دية جرحه وعتق منها ومن ولدها ثلث ما بقي فيها من

الرق ومن ولدها ، وكان لولدها في هذا الموضع من العتق أكثرُ مما لها ، وذلك أنه دخلها الرق بما أصابها من الدين وأصاب غيرها من ولدها ، ودخلها بالجناية التي جنت دون ولدها فصارت بذلك أكثر رقاً وأقل عتقاً وبما رقت الأم وعتق من الولد بعضُهم ، وذلك إذا أَحَاطَ الدين بما ينوبها من دين سيدها ودية الجناية بقيمة رقبتها .

وتفسير ذلك أنه يباع بالدين منها ومن ولدها ثلث كل واحد منهم أو رُبعُه أو سدسه قَدْرَ ما يكون الدين ، ثم يعتق ثلث ما بقي من رقبة كل واحد من ولدها ، ثم ينظر إليها فيباع منه للجناية بعد الدين ، فإن أحاطت الجناية بعد الدين بجميع رقبتها لم يكن لها عتق ، ورقت كلها إذا كانت قيمتها كفاف ما حمل عليها من دين سيدها ومن الجناية ، وإن كانت الجناية تحيط بجميع رقبتها سوى الدين كانت الجناية أولى برقبتها من الدين ، ورجع الغرماء فيُقَاصُّوا جميع حقهم من ولدها ، ويعتقُ منهم ثلث ما بقي من رقبة كل واحد بعد الدين وَرَقَّتْ الأمةُ كلها ، وقيل لورثة الميتِ إنْ شئتم فافتكوها بالجناية وتكون لكم مملوكةً ليس فيها عتق ، وإن شئتم فأسلموها ، فإن أسلموها كانت رقيقاً للمجنى عليه يبيع ويهب ويصنع ما شاء .

وإن كانت الجنايةُ وما حُمِلَ عليها من دين سيدها أقل من قيمتها عتق منها ثلث ما بقي بعد الجناية وبعد دين سيدها ، وعتق من ولدها ثلث ما بقي بعد الدين ، فكان الولدُ ها هنا أكثرَ عتقاً من أمهم ، وإن كان الدين يحيط بجميع ولدها وزيادة ، والجناية تحيط بها فالمجني عليه أولى برقبتها إلا أن يزيد أهل الدين على الجناية فيكونون أحق بها ويقاصون الغريمَ بالزيادة التي زادوها على

الجناية ، وإن أبوا وقالوا نحن نأخذها بدية الجناية لم يكن ذلك لهم أبداً حتى يزيدوا.

قلت : أفتكون الزيادة ها هنا درهماً أو ديناراً ؟ وكم الزيادة التي إذا زادوها الغرماءُ كانوا أولى بها ؟ وما قدرها ؟ وكيف إن أخذوها بزيادة فباعوها بفضل على ما أخذوها به هل يقضي لصاحب الدين بذلك الفضل ؟ وإن ماتت أو نقصت ممن تكون مصيبتها ؟

قال ابن القاسم : إنما يقضي له بالزيادة الأولى ، وأما ما باعوها به بعد ذلك فإنما الزيادة لهم خالصة والنقّصان عليهم ، وإن ماتت كانت منهم ، وإن باعوها بأكثرَ مما أخذوها به من المجروح كانت الزيادة لهم ، قال : ولا يقبل منهم في الزيادة إلا ما يُرى أنه زيادة ، وأما الدرهم والدرهمان والفلوس فإن ذلك ليس بزيادة ، قال : فإنما يباع أبداً أولاً للمجروح ثم الدين،الجرح أبداً مبدأ على الدين ، وقال سحنون مثلَه .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة بينة على أصل قوله في المدونة إلا أنها مخالفة لما في المدونة في موضع واحد ، وهو إذا كان ما يقع عليها من الدين مع الجناية التي عليها يَغْتَرِقُ رقبتَها .

فقوله في هذه الرواية إنه يباع منها بما يقع عليها من الدين ويباع منها بالجناية التي عليها وإن اغترقَ ذلك جميعَ رقبتها ولم يفضل منها شيء ، هو خلافُ قوله في المدونة ، لأن من قوله فيها إذا كان ما على الميت من الدين وما على المدبر من الجناية يغترق رقبتَه ولا يفضل منها شيء كان أهلُ الجناية أَحَقَّ بالرقبة إلا أن يزيد أهل الدين على أَرْشِ الجناية زيادة يحطونها على الميت من دَينهم ، وإنما يُباع على مذهبه في المدونة من المدبر للدين وللجناية إذا كان يفضل بعد ذلك من رقبته فضل يعتق منه ثلثه ، وأما إذا لم يفضل عن رقبته

فضل فأهل الجناية أحقُّ عنده بالرقبة إلا أن يزيد الغرماء على أرش الجناية زيادة يحطونَها عن الميت من دَيْنِهم فلا اختلاف إذا لم تفِ الرقبةُ بالدين والجناية أنَّ أهلَ الجناية أحق بالرقبة إلاَّ أن يزيد أهلُ الدين زيادة يعطونها من دين الميت .

ولا اختلاف أيضاً في أنه إذا كان في رقبة المدبر فضلٌ عن الدين وعن الجناية يُبَاعُ منه للدين وللجناية ويعتق ثلث ما بقي .

واختلف إذا كانت الرقبة كفاف الدين والجناية لا فضل فيها عنهما ولا نقصان منهما ، فقال في هذه الرواية إنها تباع للدين وللجناية وقال في المدونة إن أهل الجناية أولى وذهب سحنون إلى تفسير قوله في المدونة بما في هذه الرواية فقال فيها : ومعنى قوله أولى أن الدين لما رد العتق كانت الجناية مقدمة على الدين فبيع منه للجناية ثم بيع منه للدين ، وليس قوله بصحيح ، لأنه قد نص في المدونة على أنه إنما يباع منه للدين وللجناية إذا كان فيه فضل عنهما جميعاً فعتق ثلثه .

والأصل في هذه المسألة أن جناية المدبر لا تبطل تدبيره ، والدين يبطل تدبيره ، وإذا بطل تدبيره بالدين كانت الجناية أحق برقبته من الدين ، لأن الجناية في رقبته ، والدين في ذمة الميت ، فإذا مات السيد ولا دين عليه وقد جنى مدبره جناية تغترق قيمة رقبته أو لا تغترقها فالواجب أن يعتق إن حمله الثلث ، وتكون جنايةً في ذمته يتبع بها ، وإن لم يحمله الثلث عتق منه ما حمل الثلث وفضت جنايته على ما عتق منه وعلى ما رق منه للورثة ، فما ناب ما عتق منها اتبع به ديناً ، وما ناب ما رق منه كان الورثة فيه بالخيار بين أن يُسلموه أو يفتكوه .

وإذا مات السيد وعليه دين يغترق المدبر بيع في الدين ويبطل تدبيره .

وإذا اجتمع الجناية والدين فلا تخلو من أن تكون الجناية والدين أقل من

قيمة الرقبة أو أكثر منها أو مثلها، فإن كانا جميعاً أقل منها بيع منها للدين وأعتق ثلث ما بقي ، ولا اختلاف في هذا الوجه على ما ذكرناه ، وإن كانا جميعاً أكثر منها مثل أن يكون قيمته أربعين وقد جنى جناية قيمتها عشرون وعلى السيد دين أربعون أو ثلاثون فأهل الجناية أحق به ، لأنها في رقبته يأخذوه بجنايتهم إلا أن يقول أهل الدين نحن نـأخذه بأكثر من قيمة الجناية فيؤدوا إلى أهل الجناية جنايتهم ويسقط الزائد على الجناية من ديننا عن الميت ، مثل أن يقولوا نحن نـأخذه بثلاثين ، فيودي إلى أهل الجناية عشرين جميع جنايتهم ، وتنقطع العشرة من ديننا الذي لنا قبل الميت ، فيكون ذلك لهم ، إذ لا حجة لأهل الجناية إذا أعطوا جميع جنايتهم ، ولا اختلاف في هذا أيضاً على ما ذكرناه .

وأما إن كانت الجناية والدين يحيطان بقيمة الرقبة بلا زيادة ولا نقصان ، مثل أن يكون على الميت دين عشرون ، والجناية عشرون ، وقيمة المدبر أربعون، فهذا هو موضع الخلاف على ما ذكرته، قيل إنه يباع بأربعين فيأخذ أهل الدين دينهم ، وأهل الجناية جنايتهم وهو قوله في هذه الرواية ، وقيل إن أهل الجناية أحق بالعبد إلا أن يقول أهل الدين نحن نأخذه بزيادة على قيمة الجناية لنقطع من ديننا ، مثل أن يقولوا نحن نأخذه بثلاثين فيؤدي إلى أهل الجناية أرش جنايتهم عشرين ، ويبقى لنا على الميت عشرة دنانير ، وهذا قوله في المدونة ، وبالله التوفيق لا شريك له .

ومن كتاب العَرِيَة

وسئل عن رجل دبر نصف عبده وكاتب نصفه ، ثم عُلِمَ به قبلَ الموت أو بعده .

قال إن علم به قبل الموت كان مدبراً كله ، وإن لم يعلم به

حتى مات عتق نصفه في ثلث الميت ، ومضى على الكتابة في نصفه .

قال محمد بن رشد : قوله إن عُلِمَ به قبل الموت كان مدبراً كله صحيح بين ، لأن من دبر نصف عبد له أو أعتقه إلى أجل دبر عليه جميعه إن كان دبر نصفه ، أو أعتق عليه جميعه إلى الأجل إن كان أعتق نصفه إلى أجل قياساً على ما أجمعوا عليه فيمن أعتق نصف عبد له أنه يعتق عليه جميعه ، لأن التدبير والعتق إلى أجل من عقود الحرية اللازمة ، ولأن من كاتب نصف عبده تفسخ كتابته ولا تجوز .

وإنما قال إنه إنْ لم يعلم به حتى مات أنه يعتق نصفه في ثلث الميت ويمضي على الكتابة في نصفه لأنه إذا أعتق نصفه صحت الكتابة في النصف الآخر ، لأن الكتابة في نصف العبد جائزة إذا كان نصفه الآخر حراً ، وإنما لا تجوز الكتابة في نصفه إذا كان الباقي منه رقيقاً للذي كاتبه أو لغيره ، فهذا إذا حمل الثلث نصف العبد ، وأما إذا لم يحمله الثلث فتفسخ الكتابة في النصف الآخر من أجل حق الورثة فيما لم يحمله الثلث من النصف المدبر إلا أنْ يشاء الورثة أن يكاتبوه ما لم يحمله الثلث من نصف المدبر بمثل كتابة النصف الآخر أو أقل أو أكثر ، فيجوز ذلك باتفاق ، لأنهم إذا أمضوا كتابة الميت في نصفه وكاتبوا هم ما رَقَّ لهم ، فكأنهم قد كاتبوا الجميع .

ولا يدخل في هذه المسألة الاختلاف الواقع في المدونة في العبد بين الشريكين يكاتب أحد الشريكين حظه منه بغير إذْنِ شريكه ، ثم يكاتب الشريك بعد ذلك حظه منه بمثل كتابة الأول أو بأقل أو بأكثر ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب أسلم وله بنون

قال : وقال مالك : إذا دبر الرجل في صحته ثم مرض فبتَّل

عتق عبد آخر في مرضه وأوصى بعتق آخر بعد الموت وتزوج في مرضه ودخل بها وأوصى بالزكاة فقال : تعطي المرأة صداقَ مثلها من الثلث ، ثم يعتق المدبر الذي كان في الصحة ، ثم الزكاة ، ثم المبتول والمدبر في المرض ، فإن بقي من الثلث شيء عتق فيه الموصى له بالعتق بعد الموت ، قال : ولو اختلف المدبر والمبتول فكان أحدهما قبل صاحبه بـدأ بالذي كان قبل بعد أن يخرج المدبر في الصحة والزكاة ، ثم إن بقي بعد ذلك شيء عتق فيه الموصى له بالعتق بعد الموت ، وقال في المدبر في الصحة هو مبدأ على الزكاة وعلى جميع العتق الذي يكون في المرض إلا أن يكون معه مدبرون دبرهم في صحته فإنه يبدأ الأول فالأول .

قال محمد بن رشد : ظاهر قوله تعطي المرأة صداق مثلها من الثلث أنه إن كان أصدقها أكثر من صداق مثلها بطل الزائد على صداق مثلها ، وهو ظاهر ما في كتاب الايمان بالطلاق من المدونة ، وقيل إنه يحاص به أهل الوصايا ولا يبدأ ، وهو قول أصبغ وروى ذلك عن ابن القاسم ، وقيل إنه يبدأ وهو قول مالك في رسم الطلاق من سماع أشهب من كتاب الوصايا ، وروى مثله عنه ابن نافع وعلي بن زياد وابن عبد الحكم ، وهو قول ابن الماجشون واختيار سحنون .

وفي قوله إنه يعتق المدبر الذي كان في الصحة بعد ذلك اختلاف ، قيل إنه يبدأ المدبر في الصحة على صداق المريض وهو قول ابن القاسم في العشرة ، وقد روى عنه أنهما يتحاصان .

فالثلاثة الأقوال كلها لابن القاسم ، ولكل قول منها وجه ، فوجه قوله في هذه الرواية إنه يبدأ صداقُ المريض على المدبر في الصحة هو أن صداق المريض حق للزوجة في استمتاعه بها يقضي لها به عليه شاء أو أبى ، سمي

لها صداقاً أو لم يسمه ، فهو أوجب من التدبير الذي أوجبه على نفسه باختياره لا عوضاً عن شيء ، ووجه القول بأنه يبدأ المدبر في الصحة على صداق المريض هو أن التدبير عقد من عقود الحرية ، فوجب أن يبدأ العتق اتباعاً لما روى من أن الرسول صلى الله عليه وسلم أَمَرَ أن يبدأ العتق على الوصايا ، فعم ولم يخص ، ومن طريق المعنى أن المدبر في الصحة لما كان هو المتقدم اتهم المريض على القصد لإبطاله ، وليس لمن دبر عبداً في صحته أن يدخل عليه ما يرد تدبيره ، أَلَا ترى أنه إذا دبر عبداً بعد عبد يبدأ الأول على الثاني ، ووجه القول بأنهما يتحاصان أنه لما كان لهذا مزية من وجه ، ولهذا مزية من وجه آخر ، استويا في التأكيد ، فوجب أن يتحاصا .

وإنما قال : ثم الزكاة ثم المبتولُ والمدبرُ في المرض وإن بقي من الثلث شيء عتق فيه الموصى له بالعتق بعد الموت ، لأنه إنما تكلم عن ما سأله عنه ، لأن هذا هو عنده حكم ترتيب الوصايا في التبدية ، لِأن من مذهبه أن عتق الظهار وقتل النفس يُبدَّآنِ بعد الزكاة ، ثم بعد ذلك كفارة اليمين، ثم كفارة الفطر في رمضان متعمداً ، ثم كفارة التفريط ، وهذا دليل ما في كتاب الصيام من المدونة ، وقد قيل إن الطعام لقضاء رمضان يبدأ على كفارة اليمين عند ابن القاسم . والأول أظهر ، ثم النذر قاله ابن أبي زيد ، يريد في الصحة ، ثم بعد ذلك العتق المبتل في المرض ، والمدبر في المرض ، ثم بعد هذا كله الموصي بعتقه بعينه ، والذي أوصى أن يشترى بعينه فيعتق ، وجعل ابن الماجشون العتقَ المبتل في المرض بعد صداق المريض وبعد المدبر في الصحة فبدأهما جميعاً على الزكاة التي فرط فيها وأوصى بها ، وهو أظهر من قول ابن القاسم ، لأنه يتهم على إبطال ما دبر أو أعتق في مرضه بما أوصى به من أنه فرط فيه من زكاة ماله ، وتبدأ زكاة المال والحرث والماشية على زكاة الفطر ، واختلف في عتق الظهار وقتل النفس إذا اجتمعا في الوصية بهما حسبما مضى القول فيه في رسم الثمرة من سماع عيسى من كتاب الظهار .

واختلف أيضاً في المدبر في المرض والمبتول فيه أيضاً على ثلاثة أقوال : **أحدها** : أنهما يتحاصان ولا يبدأ أحدهما على الآخر ، وهو قوله في هذه الرواية . **والقول الثاني** : أنه يبدأ المبتل في المرض . **والثالث** : أنه يبدأ المدبر فيه ، ولكل قول منها وجه فوجه القول بأنهما يتحاصان استواؤُهما في وجوب كونهما من الثلث ، ووجه تبدية المبتلِ المزية التي له في أنه لو صح لكان حراً من رأس ماله ، ووجه تبدية المدبر على المبتل أنه فعل في التدبير في المرض ما يجوز له ، وفي التبتيل فيه ما لا يجوز له ، لأنه أراد أن يعتقه في مرضه من رأس ماله ، وذلك ما لا يجوز له ، ولو عَلِمَ أنه يعتق من ثلث ماله لم يرض بذلك ولهذه العلة قال من قال من أهل العلم انه لا يكون في الثلث إلا ما أريد به الثلث ، وهذا القول أظهر الأقوال وأولاها بالصواب .

واختلف أيضاً في الموصي بعتقه بعينه والموصي أن يشتري فيعتق ، فقيل إنهما يتحاصان ، وقيل يبدأ الذي في ملكه على الذي أوصى أن يشتري فيعتق ، ثم بعد الموصي بعتقه بعينه الموصى بعتقه على مال إذا عجل المال ، والموصى بكتابته إذا عجل الكتابة ، والموصى بعتقه إلى أجل قريب الشهر ونحوه لا يبدأ أحـدٌ منهما على صاحبه ، وقد قيل إنه لا يبدأ أحدٌ منهم على الموصي بعتقه على غير مال ، ثم بعد ذلك الموصي بعتقه إلى سنة ، ثم بعد ذلك الموصي بعتقه إلى سنين ، والموصى بكتابته إذا لم يعجل الكتابة ، والموصى بعتقه على مال إذا لم يعجل المال ، وقد قيل إن الموصى بعتقه إلى سنة كالموصي بعتقه إلى سنين على ما سيأتي القول فيه في سماع أصبغ من كتاب الخدمة ، ثم بعد ذلك كله الوصية بالمال وبالعتق بقي عينه[٢] وبالحج حج الفريضة وقد اختلف في ذلك على أربعة أقوال فقيل إنها كلها سواء في التحاص ، وقيل إنه يبدأ العتق ويتحاص المال مع الحج ، وقيل إنه يبدأ الحج

---

(٢) كذا بالأصل وبنسخة ق ٣ .

ويتحاص المال مع العتق ، وقيل إنه يبدأ العتق على الحج ويتحاص مع المال ووجه هذا القول أن العتق عنده أكدها كلها ثم يليه المال ثم يليه الحج فيتحاص المال مع الحج ومع العتق لقربه من كل واحد منهما ويبدأ العتق على الحج لبعد ما بينهما .

وأما حجة التطوع فلم يختلف قول ابن القاسم في أن العتق مبدأ عليه ، واختلف قوله هل يبدأ العتق عليه أو يتحاصان ، وقال ابن وهب يبدأ الحج على العتق ولم يفرق بين الضَّرورة وغيره .

والصحيح على مذهب مالك أن الوصية بالعتق بغير عينه وبالمال يبديان على الوصية بحجة الإسلام ، لأنه لا يرى أن يحج أحد عن أحد فلا مَزِيَة في ذلك عنده على أصل قوله ، وقد حكى ابن زرب أن الشيوخ أجمعوا على أن الوصية بالحج تبدأ على كل شيء المدبر وغيره ، وكان أبو عمر الإشبيلي يرى تبديه ما أوصى به في فك أسير على جميع الوصايا المدبر في الصحة وغيره ، ويحتج لذلك برواية أشهب عن مالك في كتاب الجهاد ، وحكى عبد الوهاب في المدونة أن الوصية بالعتق المعين تبدأ على الزكاة وهو بعيد في القياس . [ووجهه اتباع ظاهر المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أمر أن تبدأ العتاقة على الوصايا](٣) فعم ولم يخص وبالله التوفيق .

ومن كتاب التمرة

قال عيسى حدثني عبد الله بنُ وهب عن رَبِيعة والليث ويحيى بن سعيد أنهم كانوا يقولون إذا مات الرجلُ وله مدبَّر فَإِنَّهُ يُجمعُ المدبرُ ومالُهُ إلى مال الميت فَيُنْظَرُ ، فإن كان ثلثَ جميع ذلك

(٣) ما كتب بين معقوفتين زيادة من نسخة ق ٣ .

المدبرُ وماله عتق ، وكان له مالُه ، وان كان الثلثُ أقلَّ وهو يحمل رقبةَ المدبر وبعضَ ماله عتق ، وكان له الذي حمل من ماله مع رقبته ، وإن كان ليس له مال غيرُ المدبر ومالِه فإنه إن كان قيمة المدبر مائة دينار وله ثمانُمائة دينار عتق المدبر ، وكان له من ماله مائةُ دينار ، فهكذا يُعمل في المدبر أبداً يُضم مالُه إلى مال الميت إن كان ترك شيئاً ، وإلاَّ فاصنع فيه مثلَ ما وصفتُ لك إن لم يترك إلاَّ المدبر وماله ، قال وكذلك الذي يوصي بعتق عبد له عند الموت وللعبد مالٌ يُصنع به مثلُ ما يصنع في المدبر ، وهذا رَأْيُ ابنِ وهب وبه يأخذ وكان له ماله وإن لم يحمله الثلث ، وقال ابنُ القاسم عن مالك في غير هذا الكتاب في المدبر إنْ حمله الثلث بماله عتق بماله ، وإن لم يحمله الثلث بماله عتق منه بماله ما يحمل الثلث وأُقِرَّ مالُه في يديه .

قال محمد بن رشد : مذهبُ ابنِ القاسم وروايتُهُ عن مالك أَنَّ المدبر يُقَوَّمُ في ثلث الميت بماله ، فإن حمله الثلثُ بماله عتق وكان ماله له ، وإن لم يحمله الثلثُ بماله عتق منه ما حمل الثلث وأُقِرَّ مالُهُ في يديه هو القياسُ ، لِأنَّ مالَ المدبر له ما لم ينتزعه في صحته قبل أن يموت ، فوجب أَن يُقَوَّمَ به في ثلث مال الميت ، لِأنه إذا لم يُقَوَّمْ به في ثلثه وأُضِيفَ إلى مال الميت وأعتق دونَه فقد حصل مالُهُ للورثة من غير أَنْ يستثنيه السيد ، وقد قيل إنَّ استثناءه إيَّاهُ لا يجوز ، فكيف إذا لم يستثنه ؟ فقولُ ابن وهب وروايتُهُ عن ربيعة والليث ويحيى بن سعيد في تفرقتهم بَيْنَ أن يحمله الثلثُ بماله ولا يحمله به استحسانٌ واحتياط للعتق ، لأنهم رأوا عتقَ جميعه دون مالٍ أولى من عتق بعضِهِ وابقاءِ ماله بيده وبالله التوفيق .

ومن كتاب جاع فباع امرأته

وسألته عن الرجل يموت عن مدبرٍ وله دين على أقوام إلى أَجَلٍ بعيد إلى عشر سنين ونحوها هل يوقفُ المدبرُ أبداً حتى يحلّ أجل الدين ؟ قال : لا يوقف ولكن يباع ذلك الدينُ بعرض نقداً إن كان عيناً أو بعين إن كان عرضاً ثم يعتق المدبرُ في ثلثه أو ما حَمَلَ الثلثُ منه .

قلت : فإن كان الذي عليه الدين غائباً غيبةً طويلة مثل مصر من الأندلس ؟ قال : يكتب فيه ويستخلف عليه ، ويوقفُ المدبرُ حتى ينظر فيه فإمَّا تُقُوضِيَ إن كان حالاً وإما بيع هنالك إن كان إلى أجل بَعِيدٍ ، يباع مِمَّن هو معه في البلد بحضرته إذَا أَقر بذلك .

قلت له فإن آيس من الدين لِغَريم عَدِيمٍ هو عليه أو غيبته بعيدة لا ترجى ؟ قال : يعتق من المدبر ما حمل ثلثُ مال الميت مما يحضر ويرق بقيتُهُ .

قلت : فإن أَيْسَرَ بعد ذلك الغريمُ المفلس الذي أُيِس منه أَوْ قدم الغائبُ الذي آيس منه فتُقُوضِيَ منهما جميعاً ؟ . قال : إن كان المدبرُ في أيـدي الورثة عتق في ثلث ما تُقُوضِيَ من الدين ما حمل ثلثُه ، وإن كان قد خرج المدبرُ من أيديهم ببيع أو هبة أو صدقة أو وجه من الوجوه كان ما تُقُوضِيَ من الدين لورثة الميت ولم يكن للمدبر فيه قليلٌ ولا كثير ، قال عيسى : يعتق ذلك منه حيث كان ، ولا يكون للمشتري أنْ يرد ما بقي في يديه .

قال محمد بن رشد : قال في هذه الرواية في الدِّين المؤَجَّلِ إلى

عشر سنين ونحوها : إنَّ المدبر لا يوقف إلى ذلك الأجل ، ولكن يباع الدين بِعَرْضٍ نَقْداً إن كان عيناً ، أو بعين إن كان عرضاً ثم يعتق المدّبرُ في ثلثه أَو ما حمل الثلثُ منه، وفي العشرة عن يحيى عن ابن القاسم أنه إن كانت الديون بعيدةَ الآجال والمالُ الغائبُ في بلادٍ بعيدة لا يصل إلَّا بعد طول زمان فإنه يعتق منه ثلثُ ما حصل ، فإذا جاء المال الغائب أَو حَلَّ أَجلُ المؤجل فَاقْتُضِيَ أُعتِقَ منه مبلغُ ثلثِ جميع ذلك ، وهو معنى ما في المدونة ، لأنه قال فيها إنه ان دَعَا العبدُ الموصي بعتقه إلَى أن يعتقَ منه مبلغُ ثلث المال الحاضر ويوقف ما بقي منه إلَى أن يحل أجلُ المال لم يكن ذلك إلّا أن يكون فيه ضررٌ على الموصي والموصى له ، فقيل إنَّ هذا اختلاف من قول ابن القاسم في الدين المؤجل هل يباع ويعجل عتق المدبر والموصى له بالعتق فيه أَمْ يُعتق منهما ما حمل ثلثُ المال الحاضر منهما ويوقَفُ الباقي إلَى أن يحل أجلُ الدين فيتقاص ويعتق فيه بقيمتهما .

والصواب أن لا يُحملَ ذلك على أنه اختلافٌ من قوله ، وإنما المعنى في ذلك أنه رأى أن يباع الدين إذا تفاحش بُعْدُ أجله العشرة الأعوام ونحوها على ما قاله في هذه الرواية ، وإذا لم يتفاحش بُعْدُهُ فمذهبه في المدونة أَنَّه يوقف العبدُ حتى يحل الأجل ، وإن دَعَا العبد إلى أن يعتق منه ثلثُه أو ما حمل منه ثلث المال الحاضر ويوقف باقيه إلى أن يحل أجل الدين المؤجل لم يكن ذلك له إلَّا برضى الورثة ، لِأن الميت يكون إذا فعل ذلك قد أخذ أكثر من ثلث المال الحاضر ، لأنه يعتق ثلثه فيه ويوقف باقيه ، وأشهبَ يرى من حق العبد ما دَعَا إليه من ذلك ، خلافُ ما في المدونة من أَنَّ ذلك لا يكون له إلَّا أن يكون في توقيفه ضررٌ عليه وعلى الورثة لما يخشى من تلف المال الحاضر إذا وُقِفَ حتى يحل الأجل ويأتي المالُ الغائب ، والمدبرُ الواحدُ والجماعةُ منهم في ذلك سواء ، ويفترق الواحدُ من الجماعة في الموصي بعتقهم ، فلا يجوز في الجماعة منهم أنْ يعتق منهم ما حمل ثلث المال الحاضر ، ويوقف باقيهم إلَى

أن يأتي المال الغائب أو يحل أجله وإن رضي الورثةُ بذلك من أجل الغرر في تكرير القرعة فيهم مرة بعد أخرى .

وقولُهُ في الرواية إنه إن آيس من الدَّين بِعُدْمِ الغريم أو بُعْدِ الغيبة فيعتق من المدبر ما حمل منه ثُلُثُ المال الحاضر ثم أَيْسَرَ الغريمُ وقدم الغائب انه لا يعتق ما بقي من المدبر في ثلث ما تُقُوضِيَ من المال إلَّا أن يكون في أيدي الورثة لم يخرج عنهم ببيع ولا هبة ولا صدقة ، وهو خلافُ المشهور في المذهب المعلومِ من قول مالك وأصحابه في كل ديوان ، فقولُ عيسى بنِ دينار هو المعروفُ في المذهب الصحيحُ في النظر ، لأن حق المدبر في عتق ما يبقي منه لا يسقط ببيع الورثة إياه ، ولا بما سوى ذلك من هبةٍ أو صدقة، وإنما قال عيسى بنُ دينار إنَّه لا يكون للمشتري أنْ يرد ما بقي منه إن كان لم يعتق جميع ما اشتراه من أجل أنه إنما دخل فيما اشترى منه على ضرر العتق إلَّا أن يعتق جل ما اشتراه منه ، فيكون له حينئذ أنْ يرد الباقيَ منه ، ولو كان على الميت دين فَبِيعَ المدبرُ فيه ثم طَرَأَ له مال عتق في ثلثه شيء منه ، وإن قل لكان للمشتري أنْ يرد باقيه لضرر العتق فيما اشتراه ، ولو كان المشتري قد أعتقه ثم طرأ للميت مالٌ يحمله ثلثه لنقض عتق المشتري فيه ، ورجع بالثمن الذي أدَّى فيه واعتق في ثلث ما طرأ ولو لم يحمل ثلث ما طرأ من المال جميعه لعتق منه ما حمل الثلث ، وكان للمشتري أن يُرجع من الثمن بقدر ما عتق منه عن الميت في ثلث المال الطارىء ، ويرجع بقيمة عيب العتق في باقيه ، إذْ قد فات عنده بالعتق ، ولا يقدر على رده .

ووجهُ العمل في ذلك أنْ يقال : كم قيمتُهُ على أنَّه رقيقٌ لم يعتق منه شيء ؟ فإن قيل مائةٌ ، قيل كم قيمته ما لم يعتق منه عن الميت على أنَّ ما اعتق منه عن الميت حر، فإن قيل ستون وكان قد أعتق منه عن الميت الثلثُ علم أنَّ قيمة جميعه بعيب العتق فيه تسعون ، فَبَيْنَ القيمتين عشرةٌ ، وهي من المائة عُشُرُها ، فيفض عُشُرُ الثمن ، وهو قيمة عيب العتق على ما اعتق منه عن

الميت وعلى ما اعتق منه على المشتري ، فما ناب من ذلك ما أعتق منه عليه رجع بذلك على الورثة ، ولا يرجع بما ناب من ذلك ما اعتق منه عن الميت ، لِأنه قد أخذ ثمن ذلك ، وكذلك لو باعه السيدُ في صحته ثم مات فأعتقه المبتاعُ بعد موته وفي ثلث البائع له مجملاً له أو لبعضه ، الحكمُ في ذلك سواء ، بخلاف عتق المشتري إياه في حياة البائع هذا يمضي عتقُهُ ، وان لم يعثر على ذلك إلَّا بعد موته ، لأنه لو عثر على ذلك في حياته لم يُرَدَّ عتقُهُ على أَحَدِ قولي مالك ، وبالله التوفيق .

من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم من كتاب المكاتب

قال يحيى : وسألتُ ابنَ القاسم عن الرجل يقول غلامي فلان حر متى ما مات ، لا يُغَيِّرُ عن حاله ، كان ذلك في صحةٍ أو في مرض ، ثم أرادَ الرجوع فيه وبَيْعَه وقال إنما أردتُ فيه الوصية .

فقال لا أراه إلَّا على حالِ التدبير لا يجوز لسيده أن يرجع فيه ، ولا سبيل إلى بيعه .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، لِأنه قد نص في قوله على حكم التدبير ، فلا يُصَدَّقُ فِي أنه أراد بذلك الوصيةَ وبالله التوفيق .

مسألــة

قال : وسألته هل يَطَأُ الرجلُ مدبرَةَ مدبره أَوْ مُدَبَّرَةَ أُمّ ِ ولده أو المعتق إلى أجل ؟ فقال : لا يحل له وطء واحدة منهن .

قلت: وَلِمَ وإنما هُنَّ مدبرات؟ قال: لأنهن يُعْتَقْنَ بموت من

دبرهن وإن بقي السيدُ بعدَ ذلك فهن كالمعتقات إلى أجل ، قال : ولكن لَوْ أَنَّ رجلاً أَذِنَ لمدبَّرِهِ أَوْ لأم ولده أن يُدبِّرَ أمةً يَكونُ عتقُهَا بعدَ موت الذي دبرها وموتِ السيد حَلَّ له الوطءُ كما يحل له وطءُ مدبرته بعينها ، وذلك أنها لا تعتق إلا بعد موت السيد وموت الذي دبرها .

قلت : فهل يجوز لهؤلاء التدبيرُ إلاَّ بإذن السيد ؟ قال : لا .
قلت : فلمن ولاؤُهن إذا أذِنَ ؟ قال : للسيد .

قلت : فهل يجوز له أن ينتزع منهن خدمتَهن من أم الولد والمعتق إلى أجل والمدبرة ؟ قال : نعم يجوز ذلك .

قلت : فإن دَبَّرَ هَؤُلَاءِ بغير علم السيد ولا يعلم حتى مات وعتقوا ما حال مدبرهم ؟ قال : التدبيرُ ثابت لهم ، وليس لواحد منهم دَبَّرَ أن يرجع في ذلك بأن يقول لم يأذن لي سيدي ولو علم بما صنعت فسخه ، ولكن إن علم ففسخ كان مفسوخاً ومُنْتَقضاً ، ثم لا يلزمهم إمضاء التدبيرِ بعد موت السيدِ .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحةٌ بينة لا أعرف نَصَّ اختلافٍ في شيء منها ، وإنما قال إنه لا يجوز له أن يطأ مدبرَة مُدَبَّرِه ولا مدبرَةَ أُمِّ ولده ولا مدبرة معتقه إلى أجل من أجلِ أَنَّهُنَّ معتقات إلى أجل من رأس المال على ما قاله في رسم استأذن من سماع عيسى ، إذْ لا فرق في المعنى بين أن يأخذَ لعبده أو لمدبره أو لأم ولده أو لمعتقه إلى أجل بتدبير جاريته او ينتزعـها منه فيعتقها إلى موته ، ولا فرق بين أنْ يأذن له في ذلك وبين ان يفعل ذلك فيجيزه .

وقولُهُ إنَّ ما دبر هؤلاء بغير علم السيد ولا يعلم بذلك السيدُ حتى مات وعتقوا لازم لهم ، هو نصُّ قوله في كل موضع لا اختلاف فيه أحفظُهُ إلَّا أن

يدخل فيه بالمعنى ، فقد قال بعضُ أصحاب مالك في فعل المرأة ذات الزوج إذَا زادت على ثلثها فلم يعلم بذلك الزوجُ حتى مات عنها أو طلقها إن ذلك لا يلزمها على قياس القول بأن فعلها فيما زاد على ثلث مالها على الرَّدِّ حتى يجيزَهُ الزوج ، وإذَا قيل ذلك في الزوج فأحرى أَنْ يُقَال في السيد ، لأن تحجير السيد على عبده أقوى من تحجير الزوج على امرأته .

وأما إذا رَدَّ السيدُ فعلَ عبده فيما فعله من تدبير عبده أو كتابته أو عتقه ثم عتق وهو في يده فلا اختلاف في أنه لا يلزمه شيء من ذلك ، ولا يدخُلُ ذلك الاختلافُ الذي في المرأة ذات الزوج تعتق عبدها ولا مال لها سواه فيردُّ الزوجُ ثم يموت عنها أو يطلقها وهو بيدها ، لأنَّ تحجيرَ السيد على عبده أقوى من تحجير الزوج على امرأته فيما زاد على ثلث مالها ، وبالله التوفيق .

من سماع سحنون وسؤاله ابن القاسم

قال سحنون : سُئِلَ ابنُ القاسم عن المدبر يكون ثمنُهُ مائةَ دينار [وللمدبر مائة دينار][٤] ويترك سيدُه مائةَ دينار فقال : قال مالك : يعتق من المدبر نصفُهُ ويُترك مالُهُ بيده ، ويكون نصفُهُ رقيقاً لورثة المدبر ، وذلك أنه لما كانت قيمتُهُ مائة دينار وفي يديه مائة دينار وترك سيدُه مائة دينار فجميع ما ترك الميت ثلاثُمائة دينار فعتق من العبد ثلث المائة وهو مائة دينار وهو نصف العبد بقيمة رقبته وماله ، ولا يؤخذ ماله منه ، ويكون ما بقي من رقبته وما ترك سيده من ماله لورثته ، وهذا قول مالك .

قال محمد بن رشد : هذا على ما تقدم من قول ابن القاسم وروايته

---

(٤) ما كتب بين معقوفتين زيادة من نسخة ق ٣ .

عن مالك في رسم الثمرة من سماع عيسى في أنَّ المدبر يُقَوَّم في ثلث مال الميت بماله ، ويكون له مالُه إن حمله الثلثُ ، وإن لم يحمله عتق منه بماله ما حمل منه الثلث ، وأقر مالُهُ بيده ، خلافُ قول ابن وهب هناك وروايته عن ربيعة والليث ويحيى بن سعيد أنه إن لم يحمله الثلثُ بما له أضيف ماله إلى مال السيد فقوم فيه ، وقد مضى الكلام على ذلك هنالك ، إلاَّ أن في قوله نظر ، لأنه قال إنَّ المدبر إذا كانت قيمتُه مائة وله مائة ، ولسيده مائة ، فجميع مال السيد ثلاثُمائة ، قيمة المُدبر من ذلك بماله مائتان ، فعتق منه نصفُه ويقر ماله بيده ، وليس ذلك بصحيح ، لأنه إذا كانت قيمةُ المدبر مائةً ، وله مائة فقيمته بماله لا شك أقلُّ مِنْ مائتين ، فإنما القياسُ أن يقوم بماله ، ويضاف ذلك الى مال السيد فيعتق ما حمل الثلثُ منه بماله ، إلاَّ أن يضاف مالُه الى قيمته فتجعل ثلث قيمته ، إذ لا شكَّ في أنَّ ذلك يكون أكثرَ من قيمته بماله ، ومثل ما وقع في هذه الرواية حكى ابن حبيب في الواضحة ، وفيه هذا الاعتراض ، وبالله التوفيق .

من مسائل نوازل سئل عنها سحنون

وسئل سحنون عن رجل دَبَّر أَمَةً له فولدت أَولاداً في تدبيرها فأبق الأولادُ ومات السيد فقام عليه الغرماء والدَّينُ يُحيط برقبة الأمة ولا مال له غيرها : إنها تباع في قضاء دينهم ولا ينتظر بها الأولادُ الذين أبقوا ، فإن انصرف الأولاد نظر إلى وُلْدِها وإليها ونظر إلى الدين ، فإن كان يُحِيط بِأَثْلَاثِهم وثلثِ الأم بيع من كل واحد ثلثُه ، ويعتق ثلث ما بقي من الولد والأم ، ويقال لمشتري الأمِّ : أنت بالخيار في الأم ، فإن أحببت فَرُدَّ ، وإن أحببت أن تتمسك بما بقي من الأم رقيقاً فذلك لك ، والذي يصير في الأم من الرق سبعة أتساعها .

قال محمد بن رشد : ولدُ المدبرة مدبرٌ بمنزلتها في مذهب مالك وجميع أصحابه ، لقول النبي عليه السلام : كُلُّ ذَاتِ رَحِمٍ فَوَلَدُهَا بِمَنْزِلَتِهَا ، وما روى عن زيد بن ثابت أنه أجاز بيعَ ولد المدبرة ، وقاله علي وعثمان وابنُ عمر وابنُ المسيب وعمرُ بنُ عبد العزيز في عِدَّةٍ من التابعين ، فالمعنى في هذه المسألة صحيحٌ واللفظ فاسدٌ ، لأنه قال إنه ينظر إلى الدين ، فإن كان يحيط بأثلاثهم وثلثِ الأُم بيع من كل واحد ثلثه ، والأُم قد يُقدَّم بيعُها كلها في الدين بسبب إباق الأولاد قبل أن يرجعوا من إباقهم ، فكيف يُباع ثلثها إذا رجع الأولادُ ولا يحتاج أيضاً الى بيع ثلث الأولاد ، وإنما يحتاج أن يُباع منهم ما يُرَدُّ الى المشتري فيما يعتق منها .

فإنما يكونُ صوابُ الكلام أن يقول : وجهُ العمل في ذلك اذا رجع الأولاد أَنْ يُنظر إلى الدين فإن كان يحيط بأثلاثهم وثلثِ الأم تبين أنَّه قد كان يجب أن يباع ثلثُ كل واحد منهم ويعتق ثلث ما بقي من كل واحد منهم وهو تسعاه ، فيعتق من كل واحد من الولد تسعاه ، ومن الأم التي بيعت تُسعَاها أيضاً ، ويرجع المشتري بِتُسْعَي الثمن الذي أدي فيهـا على الورثة ، فيباع له في ذلك مما رق لهم من الأولاد ما يؤدي اليه ، وإن أرادَ الورثةُ أن يؤدوا الى المشتري تسعي الثمن من أموالهم ويتمسكوا بما رق لهم من الأولاد وهو سبعة أتساع كل واحدٍ منهم كان ذلك لهم ، ويبقى للمشتري في الأم سبعةُ أَتْسَاعها ! يكون بالخيار كما قال بين أن يتمسك بذلك أو يرده للضرر الداخل عليه فيها باستحقاق جزء منها بالحرية .

وهذا الذي ذكرناه بينٌ كله ، ونَزِيدُه بياناً بالتَّنْزِيل فَنَقُول : مثال ذلك أَنَّ السيدَ توفي وعليه ثلاثون ديناراً دينٌ ، وقيمةُ المدبرة ثلاثون ، وولدها الذين أبقوا إثنان قيمةُ كل واحد منهما ثلاثون ثلاثون ، فقامَ الغرماءُ قبل رجوع الولد فَبِيعت لهم المدبَّرةُ بثلاثين وأخذوها في حقوقهم ، ثم رجع الإبنان فكشف

الغيب برجوعهما أنَّ الواجبَ كان أن يباع من الأب(٥) ومن كل واحد منهما ثلثُه في الدين ، لأنهما مدبَّران بتدبير أُمهما ، وأن يعتق من كل واحد منهم ثلثُ الباقي وهو التسعان ، فيعتق من كل واحد من الولد تسعاه ، ويعتق من أمهم المبيعة تسعاها أيضاً ، ويكون المشتري بالخيار بين أن يرد الباقيَ منهما على الورثة ويرجعَ عليهم بجميع الثمن ، وبين أن يتمسك له بما بقي له منها رقيقاً ويرجع عليهم بتسعي الثمن لما أعتق منها ، والورثةُ بالخيار فيما يرجع به المشتري عليهم يُؤَدُّوهُ مِمَّا شاءُوا مما رق لهم من الولد ، وإن شاءوا من أموالهم .

ورجوعُ الأولاد في هذه المسألة من الإباق بعد أن بيعت الأُمُّ في الدين كَمَالٍ طَرَأَ للميت بعد بيعها ، فقولُ سحنون فيها خلافُ ما تقدم من قول ابن القاسم في رسم جاع فباع امرأته مثلُ قول عيسى بنِ دينار فيه من رأيه وما عليه الجماعة ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل سحنون عن الرجلين يكون بينهما العبدُ فيدبر أَحدُهما نصيبَه ولا مال له غيره .

قال : اختلفَ فيه أصحابُنا من أهل الحجاز ، والذي أقولُ أنا به ، إنه إذا دَبَّرَ نصيبَه وهو معسر أن تدبيره ليس بشيء ، إذَا لم يرض شريكه ، أَلاَ ترى أن المدبِّرَ لَوْ قال أنا أُقَاوِيكَ ، فقال له : كيف تُقَاوِي صاحبَك وأنت لا مال لك ؟ فإن وقع عندَ صاحبك غَرِم اليكَ القيمةَ ، وإن وقع عندك في المقاواة لم يكن عندك ما تدفع اليه ، فكيف تُقَاوِي وأنت لا مال لك ؟ وقد أدخلت عليه الضرر ، وتدبيرُك

---

(٥) كذا بالأصل ، والصواب أن يباع من الأم .

إياه عيبٌ تُدخِلُه على صاحبك في عبده ، وليس هذا كالذي يعتق نصيبه ولا مال له أنه يُعتَقُ عليه ما أعتق ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من أَعتقَ شركاً له في عبد قُوِّمَ عليه قيمةَ العدل ، ثم قال عليه السلام « فإن لم يكن له مالٌ فقد عتق منه ما عتق ، فإنما جاء هذا في العتق ، والتدبير وليس بصريح العتق وهو يباع في الدين ولا يُعتقُ إلاَّ في الثلث ، فلما أدخل على شريكه الضررَ لشيء لم يتعجل به للعبد عتقاً نَفَيْنَا عن شريكه الضررَ الذي أدخله عليه فخذ(٦) هذا على هذا فإنه أحسن ما سمعت ورويت .

قيل له : فلو أنه أعتق نصيبَه إلى أجل ولا مال له غيرُه ؟ فقال : له بيعه ولا يَنْحَلُّ عن العبد ما عُقِدَ له من العتق ، والمعتقُ الى أجل ليس كالمدبر ، فإن شاء أن يشتريه شريكه كان ذلك له ، ولم يجز اشتراؤُه لغيره .

قيل له : فإن اشتراه منه شريكُه ما يكون حال هذا العبد ؟ فقال : يكون معتقاً كله الى الأجل الذي كان أعتق اليه نصفه قبلَ أَنْ يشتريه .

قال محمد بن رشد : اختلف في العبد بين الشريكين يدبر أحدُهما حظه منه وهو معسر على أربعة أقوال **أحدها** : قولُ سحنون هذا ، وهو مذهب ابن الماجشون في ديوانه أنَّ الشريك بالخيار إن شاء أجاز له ما صنع ، وإن شاء فسخ تدبيرَه ، إذ لا يلزمه مقاوَاتُه إياه من أجل أنه غريم(٧) ولأن من حقه أن يلزمه قيمته فيتبعه بها ، **والقول الثاني** : أنه بالخيار بين أن يُجِيزَ له ما صنع

---

(٦) كذا بالأصل ونسخة ق ٣ .

(٧) كذا بالأصل وبنسخة ق ٣ : غريم ، ولعل الصواب عديم .

ويتمسك بنصيبه وإن شاء أن يتبعه بقيمة نصفه ، وإن شاء أن يُقَاوِمَهُ(٨) إياه على أنه إن وقع عنده اتبعه بما وقع به عليه ، وهو أحد قولي ابن القاسم في سماعه ، **والقولُ الثالث** أنه إن شاء تمسك بنصيبه وأجاز له ما صنع ، وإن شاء قاواه إياه ، فإن وقع عند المدبر بيع منه بنصف ما وقع به عليه ، كان أقلَّ من نصيبه منه أو أكثر ، وكان الباقي مدبراً ، وإن وقع عند الذي لم يدبّر كان رقيقاً كله ، وهذا القولُ حكاه ابنُ حبيب في الواضحة عن مطرف وابنِ الماجشون وأصبغ ، قال أصبغ في سماعه : وهذا هو القياس ، والاستحسانُ إن وقع على المدبّر ألاَّ يباع منه إلاَّ نصفه فأقل ، فإن لم يف نصفُه بما وقع به عليه في المقاواة اتبعه بالباقي ديناً ثابتاً في ذمته ، واستحسانُ أصبغ هذا **هو القولُ الرابع** وإذا كان له على مذهبهم أن يُقَاوِيَه إياه فإن وقع على المدبر بيع منه بما وقع به عليه كان أقلَّ من نصفه أو أكثر وما لم يكن أكثر من نصفه على ما استحسنه أصبغ فمن حقه إن شاء أن يترك المقاواة فيلزمه نصف قيمته فيباع منه بِهَامَا بيع منه أَوْ مَا لَمْ يكن أكثر من نصفه على ما تقدم من استحسان أصبغ ، لأن وجهَ المقاومة في المدبر حيثما وقعت أن يقام قيمةَ عدل ، ثم يقال للذي لم يدبر إما أن تسلم اليه حظك بنصف هذه القيمة ، وإما أن تزيد ، فإن أسلمه اليه لزمه ، وأن زاد قيل للذي دبر إما أن تسلم اليه حظك بما زاد وإما أن تزيد ، كذا أبداً حتى يقف على من وقف منهما .

وأما إذا كان الذي دَبَّرَ حظه منه ملياً ففي ذلك ثلاثة أقوال **أحدها** أنه يقوم على المدبِّر فيكون مدبراً كله ، ولا يكون للذي لم يدبر أن يتمسك بنصيبه ولا أن يقاويه كالعتق سواء ، وهذا القولُ وقع لمالك في العتق الأول من المدونة ، **والقول الثاني** أَنَّ الشريك بالخيار ، إن شاء أن يقومه عليه وان شاء أن يُقاويه إياه ، وليس له أن يتمسك بنصيبه ويجيز له ما صنع ، وهذا قول مالك في رواية مطرف وابن الماجشون عنه ، **والقول الثالث** أن الشريك بالخيار بين أن

---

(٨) كذا وقع بالأصل وبنسخة ق ٣ . ولعل الصواب أن يقاويه .

يتمسك بحظه أو يقومه عليه أو يقاويه إياه ، وهذا مذهب ابن القاسم وروايتُه عن مالك في المدونة ، وأما قولُ سحنون في هذه الرواية في الذي أعتق نصيبَه الى أجل ولا مال له إنه ليس كالمدبر فهو صحيح ، لأن العتق إلى أجلٍ عقد ثابت يجب به العتق للعبد عند الأجل على كل حال ، فلا يصح إبطاله بالمقاواة .

وأما قولُه فإن شاء أن يشتريه شريكُه كان ذلك له ولم يجز اشتراؤُه لغيره فلا يستقيم على حال ، إذْ لا يلزم شريكه أن يبيعه منه إذا لم يكن له مال ، ولا يصح أن يُمنع من بيعه من غيره إذا لم يجب أَنْ يقوم عليه لعُدمه ، وإنما لا يكون لشريكه أن يبيعه من غيره إذا أعتق نصيبَه منه وهو موسر على القول بأنه بالخيار بين أن يتمسك بحظه منه وبين أن يقومه عليه ، إذ قد قيل إنه يقومه عليه ويكون حراً إلى الأجل ، وقيل إنه لا يقوم عليه حتى يحل الأجل ، وقد يحتمل أن يكون أراد بقوله ولم يجز اشتراؤه لغيره إذا أيسرَ فيكون لذلك وجه ، لأنه يخرج على القول بأنه إذا أعتق نصيبَه إلى أجل وهو موسر يكون الشريكُ مخيراً بين أن يتمسك بحظه أو يقوم عليه .

وأما قولُه فإن شاء شريكُه أن يشتريه كان ذلك له فلا وجه له بحال ، إذْ لا يصح أن يكون المعتق لحظه من العبد بالخيار في شراء حظ شريكه في قول قائلٍ وإنما الخلافُ في هل يلزم تقويمُه عليه ، أو يكون الشريك في ذلك بالخيار ، وبالله التوفيق . .

مسألـة

وسئل سحنون عن امـرأة توفيت وتـركت زوجها وأخـاها ومدبَّرَتها ولا مال لها غير المدبرة ثم وتركت على زوجها مابة وخمسين ديناراً ولا مال له وقيمةُ المدبر خمسون ديناراً .

قال ، يعتقُ من المدبرة ثلثُها ويكون ثلثاهـا رقيقاً لـلأخ

والزوج ، فيكون ثلثها للزوج ، وثلثها للأخ ، ويكون ثلثُ الزوج كأنه مال طَرَأ ، فيصير ثلثُ الزوج للأخ والمدبرة ، فيعتق من المدبرة أيضاً نصفُ الثلث ، فيتم من المدبرة نصفها عتيقاً ، ويبقى نصفُ جميع رَقبتها رقيقاً للأخ .

قيل فإن باع الأخُ المدبرةَ ثُمَّ أفاد الزوجُ الى زمانٍ بعدَ ذلك مالاً ترجع المدبرة على الزوج فيعتق منها ما بقي أم كيف يصنع ؟ قال : نعم يرجع عليه فيعتق منها بقدر ذلك .

قيل وهكذا يرجع أبداً كلما أفاد حتى تستتم رَقَبَتها ؟ قال : نعم .

قيل له : فإن لم يبين الذي باعها أنَّ لها ديناً على الزوج إن أفاد يوماً مالاً ، هل يكون عيباً يردها به ؟ قال : لا .

قيل فإن أفاد الزوجُ مالاً فرجعت الأمةُ على الزوج فيعتق منها بقدر ما قضى للزوج من الدين ، فقال المشتري أنا أَرُدُّ لأن النصف الذي اشتريتُ قد فسد علي ؟ فقال : إذا كان الذي أعتق منها تَافِهاً يسيراً بعد ما اشتراها فليس له ردها ، وإن كان كثيراً فله ذلك .

قال محمد بن رشد : قول سحنون في هذه المسألة إن الثلث الذي لا يعتق فيما طَرَأ للميت من مال إذا كان قد خرج من أيدِي الورثة بِبَيع أو صدقة أو هبة[٨م] وأما قول سحنون إنه إن كان الذي أعتق مما اشترى من المدبرة يسيراً فلا رَدَّ له ، وإن كان كثيراً فله ذلك ، فهو صحيح ، لأنه إنما اشترى بعضها على أنَّ باقيها حر ، فقد دخل على ضرر العتق ، فلا رد له فيما استحق بالعتق مما اشترى منها ، إلاَّ أن يكون جل ما اشترى منها وهو الذي أراد بقوله : وإن كان كثيراً والله أعلم لأن العُرُوضَ إذا استحق على المشتري منها بعضُها فليس له

(٨ م) هنا سقط من الأصل ونسخة ق ٣ الخبر عن « قول سحنون » .

أن يرد ما بقي منها إلا أن يكون الذي استحق منها جُلَّها ، وقد تقدم هذا في رسم جاع من سماع عيسى وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن رجلٍ استأجر مدبراً سنةً لخدمة بتسعة دنانير ، ثم مات السيدُ وقد قبض التسعةَ فاستهلكها وليس له مالٌ غير المدبر ولم يستوف المُوَاجِرُ من خدمة العبدِ شيئاً .

قال : تقسم التسعةُ على قيمة المدبر ، فإن كانت قيمتُه ثلاثين ديناراً فإن الثلثَ الذي كان يصير للعتق قد صار عليه من الدين ثلثُه ، وذلك ثلاثة دنانير ، فيباع منه بثلاثة دنانير ، ويعتق منه بقية الثلث وهو سبعة دنانير ، فيكون ثلثا الخدمة للمستأجر ، وثلثها بين العبد وبين الذي اشترى منه بثلاثة دنانير ، فإذا تمت السنةُ رجع العبدُ الى الورثة فقال لهم : أكملوا لي ثلثَ الميت لجمع ثلثيه وهو عشرون ديناراً ، وما صار إلى العبد وهو سبعة دنانير فجملة سبعة وعشرون ، فيعتق ذلك من ثلث الميت وهو تسعة دنانير ، فيزداد العبد دينارين فيكون للعبد في نفسه تسعةُ دنانير ، وللورثة ثمانية عشرة ديناراً فإن كانت الإجارة مثلَ الرقبة سواء فأرى أنْ لا يباع منه شيءٌ ، وأنْ تمضي الإجارةُ كلها ، لأن الإجارة محيطةٌ برقبته ، فإذا انقضت السنة عتق ثلثُه ورق ثلثاه .

قلت فلو كان على السيد دينٌ لأجنبي خمسة دنانير والمسألةُ على حَالِهَا وقد مات السيدُ ولا مال له ولم يستوف المواجِر من أجرته شيئاً ؟ قال : تُفَضُّ للعشرة التي أوجر بها العبد على ما يعتق من العبد وعلى ما يرق منه ، فيصيرُ على الثلث العتيق منه ثلاثةُ دنانير

وثلث وتكون الخمسةُ التي هي للأجنبي في الثلث الذي يعتق منه ، لأن ثلثي الورثة لا سبيل لصاحب الدين عليه ، لأن المستأجر أحقُّ به ، ودين الأجنبي أولى من عتق المدبر فيباع من ثلث العبد بثمانية دنانير وثلث ، ثلاثة وثلث للمستأجر وخمسة للأجنبي ، ويُعتق باقي ثلثه ، فهو ديناَرَانِ إلاَّ ثلث ، فإذا انقضت خدمة المستأجر ودَفَعَ ثلثي العبدِ إلى الورثة ، رجع عليهم العبدُ فقال لي ثلث سيدي وقد ترك اثنين وعشرين ديناراً إلا ثلثاً وإنما أعتق مني دينارين إلاَّ ثلثاً ، فيعتق منه ثلثُ الإثنين وعشرين ديناراً إلا ثلثاً .

قلت فلو كان دينُ الأجنبي خمسةَ عشر ديناراً ؟ فقال : أرى دينَ الأجنبي قد استغرق ثلث العبد ، فلا أرى أنْ يعتق منه شيء ، ويكون صاحبُ الإجارة أولى به ، فإذا انقضت الإجارة بيع نصفه للدين بخمسةَ عشر ديناراً وعتق منه ثلثُ ما بقي ، وهو سُدسُهُ .

قلت وكذلك لو كان دينُ الأجنبي ثلاثين ديناراً لم يعتق منه شيء وكان صاحب الإجارة أولى به إلى موتها ثم يباع كله للدين ؟ قال : نعم .

قلت فلو كان دينُ الأجنبي سبعةَ دنانير والمسألة على حالها ؟ قال : فلا يعتق منه شيء ، وصاحبُ الخدمة أولى به كما فسرت ذلك ، فانظر فإن كان إذا بعت بدين الأجنبي وما يصير على الثلث من الإجارة وتَفْضُلُ منه فضلَةٌ تعتق منه فإنه يباع ، وإن كان لا تفضل منه فضلة يعتق منها لم يبع منه شيء ، وكان صاحبُ الخدمة أولى به ، وكذلك لو كانت الإجارة تَغْتَرِقُه كله وليس على السيد غيرها لم يبع منه شيء ، ومضى في خدمته حتى تنقضي إجارته ثم يعتق ثلثه .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة حسنة جيدة صحيحة في المعنى بينة أدخلها ابنُ حبيب في الواضحة على نصها إلى قوله : فإذا انقضت السنةُ عتق ثلثُه ورق ثلثاه ، ولم يسم سحنوناً فقال : وسمعت من أرضي من أهلِ العلم يقول ، وزاد على ذلك قال : ولو كان للميت مالٌ سواه انفسخت الإجارة ورُدَّت الدنانير من مال الميت وعتق في ثلث ما بقي ، وهكذا قال ابنُ حبيب إذا كان ثلثُ ما بقي من مال الميت بعد الإجارة يحمل جميعه لأن عتقَه إذَا وجبَ في الثلث وجبَ أن تُفسخ الإجَارَةُ فيه .

وأما لو كان ما ترك الميتُ من المال لا يحمل ثلثه بعد الإجارة جميع رقبته ، مثلُ أن تكون قيمةُ المدبر أربعين فمات سيده وقد قبض في إجارته تسعةً فاستهلكها وله سوى المدبر عشرون لَوَجَبَ يجب للزوج من المدبرة يقسم بين الأخ والمدبرة ، فيعتق نصفُه ويكون للأخ نصفُه ، فيكمل لها عتقها نصف لا يصح ، لأن جميع الشركة فيها مايتا دينار ، قيمةُ المدبرة منها خمسون ديناراً وماية وخمسون دَيْناً على الزوج فالواجب للمدبرة على هذا التنزيل جميع قيمتها ، وذلك خمسون ديناراً وللأخ مما على الزوج خمسة وسبعون ديناراً ، وللزوج خمسة وسبعون مما عليه ، وإنما الذي يصح أن يقسم الثلثُ الذي يصير للزوج من المدبرة من الأخ والمدبرة على قدر ما بقي لهما من حقوقهما ، فالذي بقي للمدبَّرة من حقها في هذه المسألة ثلاثةٌ وثلاثون ديناراً وثلث دينارٍ إذْ قد اعتق منها ثلثها بستة عشر وثلثين ، والذي بقي للأخ من حقه ثمانية وخمسون وثلث ، فعلى هذه التجزية يتخلص الآخر والمدبرة في الثلث الذي يصير للزوج يَضربالأخ فيه بثمانية وخمسين وثلث ، وتضرب المدبرة فيه بثلاثة ثلاثين وثلث ، فما حصل للمدبرة في المحَاصة من الثلث المذكور كان عتيقاً مضافاً إلى الثلث المعتق منها . وما حصل للأخ في المحاصة كان رقيقاً له مضافاً إلى الثلث الذي رق له أولاً فكلما أفادَ الزوجُ مالا اقتسم الأخُ والمدبرة ما أفاد من المال على قدر ما بقي لهما من حقوقهما أيضاً على هذا التمثيل ،

فما صار للأخ كان له ، وما صار للمدبرة عتق منها بقدر ذلك حتى يستتم عتق جميعها ويستوفي الأخُ تمامَ الخمسة والسبعين حقه الواجب له قبل الزوج ، وإنما يصح أن يقسم الثلثُ الحاصل للزوج بين الأخ والمدبرة بنصفين لو كان الدين الذي على الزوج مايةَ دينار وقيمة المدبرة خمسون ديناراً ولا مال للمتوفاة غير ذلك ، لأن الشركة حينئذ يتساوى فيه الأخ والمدبرة والزوج فيكون للمدبرة خمسون جميعُ قيمتها ، وللأخ خمسون ، وللزوج مما عليه خمسون ، فتيساوى الأخُ والمدبرة فيما لهما على الزوج ، فيقتسمان على هذا الترتيب الحاصلَ للزوج على نصفين ، لأنَّ الذي يبقى للمدبرة من حقها مثل الذي يبقى للأخ ، والذي يبقى لكل واحد منهما ثلاثةٌ وثلاثون وثلث ، لأن حقَّ كل واحد منهما كان خمسون ديناراً فيقبض الأخُ من حقه ثلث المدبرة بستة عشرة ديناراً وثلثي دينارٍ وقبضت المرأةُ المدبرة من حقها ثلثَ قيمتها بستة عشر وثلثين أيضاً ، فيكمل للمدبرة عتق نصف نصيبها ، ويكون للأخ نصفُ المدبرة رقيقاً ، فكلما أفاد الزوج مالا اقتسماه بينهما بنصفين أيضاً ، لأن الذي يبقى لهما من حقوقهما أبداً متساوي على هذا التنزيل حتى يكمل عتقُ المدبرة ويستوفي جميعَ حقه الخمسين ، ويبقى للزوج مما عليه خمسون ديناراً .

وكذلك ذكر ابنُ سحنون هذه المسألة عن أبيه على هذا التنزيل أنَّ الدَّين الذي على الزوج مائة دينار ، وأن قيمة المدبرة خمسون ديناراً ، وهذه الرواية تبين أنَّ ما وقع لِسحنون في هذه النوازل وما روى موسى بن معاوية عن ابن القاسم من قسمة الثلث الذي يجب للزوج بين المدبرة والأخ نصفين مع أنْ يكون الدينُ الذي على الزوج مائة وخمسون ديناراً وقيمة المدبرة خمسون ديناراً غلطٌ والله اعلم لِأن من قول مالك وجميع أصحابه أنَّ الغريم إذا كان عليه دينٌ لرجلين لأحدهما عشرة وللآخَرِ عشروز فتقاضيا منه شيئاً ان ما تقاضياه منه يتحاصان فيه على قدر ما لهما عليه ، ثم يُنْظَرُ في هذه المسألة على مَا صَحَّحْنَا من التنزيل ، وهو أن يكون الدَّينُ الذي على الزوج مائة دينار

إلى ما يجب للمدبرة على الزوج من حقها ، فيُباع بعرض ويعجل لها العتقُ على ما روى موسى عن ابن القاسم والذي يبقى لها من حقها عليه خمسةٌ وعشرون ديناراً ، لأن جميع حقها كان خمسون ديناراً ، فقبضت ثلثَها أَوَّلاً ستة عشر وثلثين ، ثم قبضت نصفَ الثلث بثمانيْة وثلث ، فاستكملت نصفَ حقها وبقي لها النصفُ على الزوج ، وكذلك ينبغي إذا قررنا أنَّ الدين الذي على الزوج مائة وخمسون ، وقيمَةَ المدبرة خمسون على ما في الرواية أن يُنظر إلَى ما بقي لها من جميع قيمتها الخمسين بعدَ عتقِ ثلثِ قيمتها بستة عشر وثلثين ، وبعد عتق ما يجب لها من الثلث الواجب للزوج على ما رتبناه ، فيطرح ذلك من الخمسين فما فضل فهو الذي يجب للمدبّرة على الزوج ، وهو الذي يباع على ما روى موسى ابن معاوية .

وأما قولُهُ في رواية موسى ثم يُنظر إلى ما يصيب الخادم من ذلك وهو نصف خمسين ومائة ، فيباع فلا يصح عندي بوجهٍ ، وقولُهُ إن الأخ إن باع المدبرة أيْ ما صار له منها ثم أفاد الزوجُ إلى زمانٍ بعد ذلك مالاً أنها ترجع فيعتق منها بقدر ذلك ، أي بقدر ما يجب لها مِمَّا أفاد حتى تستتم رقبتَها هو مثلُ ما تقدم من قوله في أولِ مسألة من هذه النوازل ، ومثلُ قول عيسى ابنِ دينار في رسم جاع من سماع عيسى .

وما عليه الجماعةُ خِلَافُ قول ابنِ القاسم فيه أن تقسم التسعةُ على ما يجب عتقه من المدبر وعلى جميع بقيته المال ، فالذي يجب عتقه من المدبر نصفُهُ بعشرين ، لِأن جميع المال ستون ، فثُلثُهُ عشرون ، وقيمة المدبر أربعون ، فيباع من نصف المدبر ثلاثةٌ ، ويُعتق ما بقي من نصفه وهو سبعة عشر .

قال ابنُ حبيب أيضاً : وهذا التفسير على أنَّ المستأجر علم أنه مدبر ، فأما لو جهل تدبيره واستأجره على أنَّه عبدٌ فلما مات سيدُهُ ثبت أنَّه مدبر ولا مال له سواه ، وفيه فضلٌ عما استؤجر به كما فسرنا في أولِ المسألة لانفسخت

الإجارة ، ثم بِيع منه معجلاً لما استؤجر به ، لأنه دين على السيد ، ثم يعتق منه ما فضل منه ، ويرق ثلثاه ، وهذا الذي قاله ابن حبيب صحيحٌ ، ومعناه إذَا لم يرضَ المستأجِرُ بذلك وأراد رَدَّه لأن ذلك عيبٌ دخل عليه فيما استأجره من خِدْمة المدبر لانفِسَاخِ بعضها بما ثبت من التدبير الذي لم يعلم به .

وأما لو رضي المستأجر بالتمسك ببقية إجارته لَجَازَ ذلك ، وكان بمنزلة إذَا استأجره وَهو يعلم أنه مدبر .

والأصلُ في هذه المسألة أَنَّ ما وجب من عتق المدبر فلا بُدَّ أَنْ تنفسخ فيه الإجارة إن وجب عتقُهُ كله في ثلث مال الميت انفسخت الإجارة في جميعه ورُدَّتْ إلى المستأجر الإجارة من مال الميت ، وإن وجب عتقُ ثلثه انفسخت الإجارة في ثلثه فبيع من الثلث الذي وجب عتقه بثلث الإجارة وأعتق الباقي من ذلك ، فإذا انقضت الإجارة رجَعَ المدبَّرُ على الورثة فاعتق منه بقيةُ الثلث وهو ثلثا ما بيع منه ، وكذلك إن وجب عتق نصفه أو ثلثيه في ثلث الميت فبيع منه بنصف الإجارة أو بثلثيها واعتق الباقي ، فإذا انقضت الإجارة رجع على الورثة فاعتق منه بقية الثلث وهو ثلثا ما بِيع منه في الإجارة وإن لم يجب عتقُ شيء منه مثلُ أن تَكون الإجارة تستغرق جميعَه أو لا يستغرق جميعَه وعلى الميت من الدين ما يستغرق جميعَه ، فالإجارة باقية لا تنفسخ ، وهي مقدمة على الدين إن كان على الميت دينٌ لِأن الإجارة في عين العبد والدين في ذمة الميت إذا انقضت الإجارة بيع في الدين .

وإنما قال إذا لم يكن له مالٌ غيرُ المدبر إنه يباع من ثلثه بثلث الإجارة وبجميع الدين ثم يعتق ما بقي من أجلِ ما بيناه مِنْ أَنَّ الإجارة مبدَّأَةٌ على الدَّين ، والدينُ مبدأ على العتق ، فوجب من أجل ذلك أن يُباع من ثلث المدبر بجميع الدين وبثلث الإجارة ، فإذا استوفى المستأجر خدمتَه ورجع ثلثا المدبر إلى الورثة رجع عليهم المدبرُ فيه فاستوفى منه ما بقي من حقه في العتق

وهو ثلثا ما بيع منه في الدين لأنه بيع منه بجميع الدين من أجل أنه يبدأ على العتق ولا يجب عليه من الدين إلَّا ثُلثُه وثلثا ما بِيع منه في الإجارة ايضاً وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن رجل باع مدبرَةً من رجل فزوجها المشتري من عبده وَأولدها العبدُ جاريةً ثم أعتق المشتري الأمةَ وبقي ولدها .

قال : يَمْضِي عتقها ويكون ولدُها رقيقاً للمبتاع ، وقاله عبد الله بن نافع .

قال محمد بن رشد : رأيت لأبي اسحاق التونسي أنه قال في هذه المسألة : قولُهُ ويكون ولدُها رقيقاً للمبتاع كلامٌ فيه نظر ، إلَّا أن يريد بقوله يرق أنْ يكون مدبراً كَأُمِّهِ ، لأن ولدَهَا من زوج إنَّما يجب أن يكون كأُمه ، وهي مدبرة فيجب أن يكون ولدها مدبراً .

فإن قيل لَمَّا اعتَقَهَا بَطَلَ تدبرُهَا ، فكان ولدها رقيقاً للمشتري ، قيل لو لزم هذا في المشتري لَلَزِمَ في المدبرةِ إذا ولدت فأعتقها المدبر أو ماتت أن يكون ولدُهَا رقيقاً ، لِأنَّ موتها أو عتقها يُبطل تدبيرَهَا ، وهذا بعيد ، بل ولدُهَا على ما كانت عليه أعتقت أو ماتت أو بقيت .

هذا نص قوله ، واعتراضُه صحيح ، وإذا وجب أن يكون الولدُ مدبراً على ما قاله فَيُرَدُّ إلى البائع بما ينوبه من الثمن إذَا فُضَّ على قيمتها يوم البيع وعلى قيمة الولد يوم أعتق الأم ، وهذا على القول الذي رجع إليه مالكٌ من أنَّ المدبر إذا أعتقه المشتري لا يرد عتقه ، وأما على قوله الأول فينقض العتقُ وتُرَدُّ الأَمَةُ وولدها إلى البائع ويرد عليه جميع الثمن .

مسألــة

وسئل المغيرة عن رجل جَهِلَ فوطىء مدبرة امرأته فحملت ، فلم تزل المرأةُ مُقِرَّة بإذنها له حتى ماتت .

قال المغيرةُ أرى إن كان لها وفاءٌ بعتق المدبَّرَةِ فيه عتقت في ثلثها ، ولم أنتظر الذي وَطِىءَ بالخطإ أن تكون لهُ أُمَّ ولد ، وأرى وَلَدَهَا عليه بالقيمة ، وأرى القيمَةَ لورثة سيدتها أو الدَّيْنِ إن كان عليها دين .

قال محمد بن رشد : إذنُهَا له بوطئها شبهةٌ تُسْقِطَ عنه الحد وتوجب لُحُوقَ الولد به ، ولم يَرَ ذلك بمنزلة من اشترى مدبرة فوطئها فحملت في أن تكون أُمَّ ولدٍ له وينفسخُ التدبيرُ من أجل أنَّه وَطْءٌ فاسدٌ وإن كانت القيمةُ تلزمه به لو كانت أَمَةً ، وهو معنى قوله : ولم أنتظِرْ الذي وطِىءَ بالخَطَإ أي بالخطِيئة أن تكون له أُمَّ ولد ، ولم يتكلم اذا لم يكن له وفاءٌ تعتق فيه فأعتق بعضُها أو كان عليها دين يغترق قيمَتَها .

فأما إذا لم يكن لها وفاء تعتق به فأعتق بعضَها فيلزمه على قياس قوله من قيمتها لورثةِ سيدتها بقدر ما رق منها ، ويكون ما رق منها رقيقاً له بما لزمه من قيمته ، ويلزمه من قيمة ولدها لورثة سيدتها بقدر ما رق منها .

وأما إذا كان عليها دين يغترقها فيلزمه قيمتُهَا يوم وطئها ولا يكون عليه شيء من قيمة ولدِهِ منها ، وبالله التوفيق .

من سماع موسى ابنِ معاوية
من ابن القاسم

قال موسى : قال ابن القاسم في المرأة تموت عن مدبرةٍ

ووارثِها زوجٍ وأخٍ ولم تترك مالاً غيرها إلَّا مهراً على زوجها ، وذلك المهر خمسون ومائةُ دينار ، والزوج مُعْدِمٌ وقيمتها خمسون ديناراً فإنه يعتق منها ثلثُهَا وهو ثلثُ خمسين ، وذلك قيمتُها ، ويكون الثلث لزوجها والثلثُ لأخيها ، ثم ينظر إلى الثلث الذي صار لزوجها فتأخذه الجارية والأخُ فيقسمانه بينهما بنصفين ، لأن الذي بقي لهما على الزوج سواء فيما لهما عليه ، ثم يُنظر إلى ما بقي على الزوج من الدين فيكون بين الجارية والأخ بعد سهم الزوج ، ويقال للأخ : إن أحْبَبْتَ أَنْ تَبِيع نصيبكَ فبعه ، وإلَّا فأبيعه ديناً ، ثم يُنْظَرُ إلى الذي يصيب الخادم من ذلك وهو نصفُ خمسين ومائة ، فيباع بعرض ويتعجل ويدفع ذلك إلى الأخ ، ويعتق من الجارية بقدر ما خرج لها من ذلك ، وهو أحبُّ إليَ من أن يؤجل ذلك على الزوج وينتظر به يسرُهُ ، لأن الأخ يموت فيورث نصيبه ويباع ويدخله المواريث ويفلس ويعجل لها عتق حتى لا يبقى لها حق على الزوج إلا أدخل فيها ، ولا يستأني به فيباع ذلك الشقص منها ثم يتقاصًا يوماً ما فعل من يعتق إذا خـرجت من يد الأخ فقد فسرت ذلك وجه الذي أَرَى .

وإن كان الزوجُ غائباً بعيدَ الغيبة بموضع لا يعرف فيه حاله ولا مالُهُ لم يبع للجارية شيء مما عليه حتى يكون بموضع يجوز بيع ما عليه لها ، فيكون على ما فسرتُ لك ، وذلك بموضع يُعرف فيه ملاؤُه من عُدْمِهِ .

قال محمد بن رشد : إنما يكون ما قال من أن يعتق من المدبرة ثلثُها ، ويكون الثلثُ الذي للزوج بينها وبين الأخ إلى آخر قوله إذَا لم يجيزا الوصيةَ وقطعا للمدبرة بثلث جميع المال .

وقولُه ثم ينظر إلى الثلث الذي صار لزوجها فتأخذه الجارية والأخ

فيقتسمانه بينهما بنصفين لأن الذي بقي لهما على الزوج سواء فيما لهما عليه ، لَا يَصِحُّ إلَّا إذا كان الدين الذي على الزوج مائة وقيمة المدبرة خمسون ولا مال للمرأة سوى ذلك ، وقد مضى بيان ذلك في نوازل سحنون فلا معنى لاعادته .

وإجازة سحنون القاسم(٩) في هذه الرواية بَيْعَ ما على الزوج من الدين إذا كان قريبَ الغيبة بموضع يعرف فيه ملاؤه من عُدْمِهِ خلافُ المعروف من قوله في المدونة وغيرها : إن ذلك لا يجوز إلَّا أنْ يكون حاضراً مقراً ، وقال في السلم الثاني من المدونة في اشتراء الكفيلِ ما على المتكفل به : إن ذلك لا يجوز إلَّا أنْ يكون حاضراً ولم يقل مقراً ، فقيل معناه مقراً ، وقيل هو خلافُ من قول ابن القاسم في إجازة شراء الدَّين إن كان الذي عليه حاضراً وإن لم يكن مقراً ، وقيل إن ذلك ليس اختلافاً من قوله وإنما فرق بين المسألتين ، ولاصبغ في نوازله من جامع البيوع مثلُ قول ابن القاسم ها هنا ، وقد مضى الكلام على ذلك هنالك مستوفى فلا معنى لإعادته ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قال ابن القاسم في رجل دبرا(١٠) عبداً له في صحته ، فلما مرض قال قد كنت أعتقت فلاناً لغلامٍ له آخر .

قال : يعتق المدبرُ وتكون قيمةُ الذي ذَكَرَ أنه أعتقه في الصحة في جملة المال للمدبر يعتق بها ، ولا يعتق الذي ذكر أنه أعتقه في الصحة إلَّا أن تقوم بينة أو يقول أعتقوه ، فإن قال ذَلِك عتق في الثلث بعد التدبير .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة صحيحة في المعنى على

(٩) كذا بالأصل وبنسخة ق ٣ . ولعل الصواب : وأجازه سحنون وابن القاسم .
(١٠) الألف كما هي زائدة في الأصل زائدة في نسخة ق ٣ .

أصولهم ، وإنما قال إنّ المدبر يعتق وتكون قيمة الذي ذكر أنه أعتقه في الصحة في جملة المال للمدبّر يعتق بها لِأنه يُهتم على أنه أراد إبطال التَّدبير بما أَقَرَّ به من أنه أعتق عبده الآخر في صحته ، فوجب أَنْ يدخل فيه ، بخلاف الوصايا لا اختلاف في أن الوصايا لا تدخل في الذي أَقَرَّ أنه كان أعتقه في صحته .

وقوله إنه لا يعتق الذي ذكر أنه أعتقه في الصحة إلَّا أن تقوم له بينة هو نص ما في المدونة وغيرها ، ويتخرج في ذلك قولٌ آخر أنه يعتق في الثلث بعد المدبر وإن لم يقل أعتقوه ، وأما إن قال أعتقوه فلا اختلاف في أنه يعتق في الثلث بعد المدبر ، ولا يدخل في هذه المسألة الاختلاف الذي ذكرناه في رسم العرية من سماع عيسى من كتاب الوصايا في الذي يقول في مرضه قد كنتُ أعتقتُ عبدي في صحتي ، لِأنه يُتهم مع المدبر كما يُتَّهم مع الورثة إذا كان ورثتُهُ كَلَالَةً وبالله التوفيق .

من سماع أصبغ
[من كتاب المدبر]

قال أصبغ : سمعت ابن القاسم يقول في المدبر يُباع فيفوت ببيعه فلا يدري أين وقع ولا ما صار إليه .

قال : أرى أن يجعل ثمنه كله الذي باعه به في مدبر ، وليس ذلك بمنزلة فَواتِه بالعتق والموت ، هذا تكون له قيمته على الرجاء والخوف في الموت خاصة إذا مات فيصنع بها السيد ما شاء ويجعل الفضل في مدبر أو يُعِينُ به في عتق إن لم يبلغ تدبيراً ، وفواتُه بالعتق ليس عليه قليل ولا كثير ، يصنع بجميع الثمن ما شاء ، لأنه قد صار

إلى خير مما كان فيه ومما يُرَدُّ إليه ، وقاله أصبغ وذلك في الذي قد عَمِي أمرُه لا يُدري ما حالُه ؟ حياة أو موت أو عتق احتياطاً عليه ، وليس بالواجب عليه عندي ولا القياس القياس[١١] أنه إذا استبرىء أمره وآيس منه إياساً منقطعاً فهو بمنزلة الموت ولا يكون الموت أحسن حالاً وإنما هو بين أمرين عتق أو موت ، فالعتقُ ليس فيه شيء ، والموت له فيه القيمة على التدبير ، فهو مثله لأنه أوكدُ الوجهين كامرأة المفقود حين عمِي أمره أنزل أمرها في عمايته في عدتها بمنزلة الموت فاعتدت عدة وفاة ولم تعتد عِدَّة فُرقة .

قال محمد بن رشد : قوله في المدبر يُباع فلا يدري أين وقع ولا ما صار إليه إنما يجعل ثمنُه كله الذي باعه به في مدبر بخلاف فواته بالعتق أو الموت صحيحٌ بينٌ في المعنى لأنه يخشى أن يكون حياً لم يمت ولا أعتق ، فوجب نَقْضُ البيع فيه ورده إلى سيده على ما كان عليه من التدبير ، فلما لم يكن ذلك وجب أن يجعل جميعُ الثمن في مدبر مثله .

فقول أصبغ إن القياس إذا عَمِيَ أمرُه أن ينزل بمنزلة الموت ولا يكون أحسَنَ حالاً منه غَلَطٌ بينٌ ، وكذلك قال محمد ابن المواز : قوله غلطٌ ، قال : وقد طلب عمرُ رَدَّ المدبرة التي باعت عائشة رضي الله عنها ، فلما لم يجدها أَخَذَ الثمنَ فجعله في مكانها .

وتفرقة ابن القاسم بين الموت والعتق هو نص قوله في المدونة ، وعلمه في العتق أنه قد صار إلى خير مما كان فيه ومما يُرَدُّ إليه ليس بعلة بينة في أنه يسوع له جميع الثمن ولا يلزمه أن يتمَخى منه شيء لأنه وإن كان أعتق فإنما أعتقه المشتري وثواب عتقه له ، فالقياس أن يلزمه أن يتمَخى مِمَّا قُبض زايداً

(١١) كذا تكررت كلمة القياس بالأصل وبنسخة ق ٣ .

على قيمته على الرجاء والخوف كما يفعل في الموت ، وقد قال أبو إسحاق التونسي : القياس أن يكون لسيده البائع ثمنُهُ كله إذا عند المشتري[١١م] ، كما يكون له جميعُ ثمنه إذا أعتقه المشتري ، لأن التدبير يَبْطُلُ بموته عند المشتري كما يبطل بعتقه أيضاً ، ولو أمكن أنْ يعلم أن المدبر يموت قبل سيده لجوَّزنا بيعه إذْ العتقُ إنما يجب له بعد موت سيده من الثلث ، هذا معنى قول أبي إسحاق ، قال وقد كان القياس أن يَشْتَرِي بالثمن كلِّه مدبراً مكان الأول فيكون له منه خدمتُه حياتَه كما كان له من الأول ، لأنه إذا أخذ من ثمن الأول قيمته على الرجاء والخوف ناجزاً وخَدَمَه المدبرُ الذي يُشْتَرَى بالفضل حياته فقد حصل له أكثر مما كان له في الأول إذْ لَمْ يكن له فيه سِوَى خدمتِه حياته ، هذا معنى قول أبي اسحاق دون لفظه .

وهذا الذي قاله هو قول ابن كنانة في المدنية ، قيل له : ما تقول في الذي يبيع المدبرَ فيموت بعتقٍ أو غيره ؟ قال : يُؤمر أن يمخي من ثمنه ، قال عيسى : قال ابن القاسم : هو له حلال يصنع به ما شاء ، ورواية عيسى عن ابن القاسم هذه في المدنية أن الثمنَ له حلالٌ في الموت والعتق يصنع به ما شاء ، هو الذي ذهب إليه أبو إسحاق من أنه لا فرق بين الموت والعتق لبطلان التدبير في الوجهين جميعاً ، والذي اخترتُ أنا وبينتُ وجهَه أنه يجب عليه أن يَتَمَخى من الزائد على قيمته على الرجاء والخوف فيجعله في مدبر .

فيتحصلُ على هذا في المسألة أربعة أقوال ، **أحدها** أنه لا يجب عليه أن يتمخى من شيء من ثمنه في الوجهين جميعاً ، **والثاني** أنه يجب عليه أن يتمخى من جميع ثمنه في الوجهين جميعاً ، **والثالث** أنه يجب عليه أن يتمخى مما زاد على قيمته على الرجاء والخوف جميعاً ، والرابع الفرقُ بين الموت والعتق ، وروايةُ ابن كنانة عن ابن القاسم في المدنية نحو قول ابن نافع ، واختيارُ محمد ابن خالد في سماعه من كتاب الولاء على ما حمله عليه بعضُ أهل النظر ، وهو صحيح على ما ذكرناه هنالك ، وبالله التوفيق .

(١١ م) لعله إذا مات عند المشتري .

مسألــة

وسئل عن مدبر عَجَّلَ له سيده بالعتق على أن يُعطيه عشرةَ دنانير إلى شهر ثم مات السيد وتركَ مالاً أيُعتقُ المدبر في ثلثه وتسقط العشرة ؟

قال : لا ، وهي له لازمة .

قيل له : فإن أفلس العبد ؟ قال : لا يحـاص السيد بالعشرة ، والغرماء يُبَدَّؤون عليه ، وقاله أصبغ كله والعطية بتعجيل الحرية وقد تم له واتبع به ولو طَرَقَهُ دين .

قال محمد بن رشد : هذا بينٌ على ما قاله ، لأن الحرية قد وجبت للمدبر قبل موت سيده بما قاطعه عليه من العشرة إلى أجل ، فلا تسقط عنه بموت سيده وإن كان ثلثُه يحمله ، ولا مُحَاصَّة للسيد بها ، إذْ ليست بدين ثابتٍ عليه ، وإنما هي كالقطاعة ليس للسيد أنْ يُقاص بها غرماءَ المكاتب ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قال أصبغ وسمعتُ ابنَ القاسم وسئل عن المُوَلَّى عليه يدبر عبده .

قال : لا يجوز تدبيره وإن حَسُنَتْ حالُه ، ولا يلزمه ، كان ذلك المالُ واسعاً أو غيرَ واسع ، وإنما هو بمنزلة العتق ، وكذلك قال مالك في العتق ، قال ابن القاسم : والعتق لا يجوز منه قليل ولا كثير كان ماله واسعاً أم لا .

قال محمد بن رشد : في المدونة لابن القاسم مثلُ قوله في هذه

الرواية إن تدبيره بمنزلة عتقه ، لا يجوز منه القليل ولا الكثير ، كان ماله واسعاً أو غير واسع ، وقال ابن كنانة فيها : إن كان ليس له غير ذلك العبد الذي دبر لمْ يجز تدبيرُه ، وإن كان مالُه واسعاً ليس ذلك العبد بالذي يُجْحِفُ بماله كان ذلك له وجاز ، قال وإن دبر عبداً هو وَجْهُ رقيقه أو أكثرهم ثمناً أو جارية مرتفعة هي جُلُّ ماله فإن ذلك لا يجوز ، ولو كان ذلك جايزاً عليه كان إذا بلغ حال الرضى قد حبس عليه من ماله بما صنع في حال الشحْطة مالاً يقدر أن ينتفع به إذا بلغ حال الرضى فليس يجوز له من ذلك إلا ما وصفنا .

وقول ابن القاسم هو القياس ، وما ذهب إليه ابن كنانة استحسان وبالله التوفيق .

مسألة

قال أصبغ وسمعته يقول في الرجل يدبر عبده في الصحة ويستثني مالَه : لا بأس بذلك ، وكذلك رويتُ عن مالك أَنَّ له أنْ يستثنيه ولا بأس بذلك ، وقاله أصبغُ ، وتفسيره أن يستثنيه لِبَعْدَ الموت إذا أعتق ليس استثناء إنْتزاع عن التدبير ، وبعده ذلك يكون له استثناه أو لم يستثنه ولكن لبعد الموت وهو مقر في يديه مع ما يُفيد إلى ذلك على ذلك دبر واستثنى فذلك جايز وذلك له ، قال أصبغُ : قال ابن القاسم : فإذا مات السيد قُوِّمَ في الثلث بغير ماله ببدنه خالصاً وأخذ منه كلُّ ما كان بِيديه ، وكان مالاً من مال الميت تقوم فيه رقبتُه مع غيره من مال الميت ، وقاله أصبغ : قال أصبغ : قال لي ابنُ القاسم : وهذا مما لا شك وإنما هو رجل أوصى فقال إذَا مت فعبدي فلانٌ حر وخذوا منه مـالَه ، ألا ترى لو أَنَّ مريضاً قال في مرضه غلامي مدبرٌ وخذوا منه مـالَه أُخِذَ منه ، فما استثنى في الصحة بمنزلة ما استثنى في المرض ، ولأنه حين اشترط ذلك عليه حين دبره

في الصحة وكأنَّه انتزاعٌ منه له في موضع يجوز له فيه إنتزاع .

قال محمد بن رشد : قد تقدمت هذه المسألة والكلامُ عليها في أول سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته .

مسألــة

قال أصبغُ سئل ابن القاسم عن مكاتَبٍ اشترى مدبرةً فحملت منه .

قال : أرى أن يوقف عنها ، فإن أعتق المكاتبُ كانت أم ولد له ، وإن عجز رُدَّتْ إلى التدبير ورُد الثمنُ إلى صاحبه ، وكانت هي وولدها مدبرَيْن لسيدهما ، وأرى الثمنَ يوقف إلا أن يكون البائع ملياً .

قال محمد بن رشد : هذا على القول بأنَّ أمةَ المكاتب تكون أُمَّ ولدٍ له إذا أَفْضَى إلى الحرية بما ولدت له في حال الكتابة قبل إفضائه إلى الحرية أو بما حملت به منه في حال الكتابة فوضعته قبل إفضائه إلى الحرية وبعد إفضائه إلى الحرية وأما على القول بأنه لا حُرمَةَ بإيلادِهِ إياها وَلَا تكون بشيء من ذلك كله أم ولد ، فإن البيعَ يتنقض فيها وتُرَدُّ إلى سيدها البائع لها على ما كانت عليه من التدبير .

وقد اختلفَ قولُ مالك في ذلك على ثلاثة أقوال **أحدها** أنه لا تكون له أم ولد بشيء من ذلك ، **والثاني** أنها تكون لَهُ أم ولد وإن كان الحملُ قبلَ الشراء إذا كان الوضعُ بعده في حال الكتابة ، **والثالث** أنه لا تكون له أُمَّ ولد إلا أن يكون أصلُ الحمل بعد الشراء في حال الكتابة ، وأما ما ولد له قبل الشراء فلا تكون له أُم ولد إلا على مذهب أبي حنيفة وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل أشهبُ عن الرجل يهبُ مدبَّره جاهِلاً ويقبضه الموهوبُ له ويحوزه ثم يموت السيدُ ولا مال له غيره .

قال : يعتق ثلثُه ، قلت فالثلثان الباقيان لمن هما ؟ قال : للموهوب اللذان هما في يديه ، قال أصبغُ : وكذلك قال لي ابنُ القاسم فيها .

قال محمد بن رشد : قد تقدم مثلُ هذا من قول ابن القاسم في رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب الصدقات والهبات في الصدقة ، ومعناه إذا لم يعثر على ذلك حتى مات المتصدق ، وأما لو عُثِرَ على ذلك في حياته لفسخت الهبة أو الصدقة ، ورد المدبر إلى الذي دبره ، لأن المدبر لا يجوز بيعُه ولا هبتُه ولا صدقته .

ولو وهبه ما رق منه إنْ لم يحمله الثلثُ وخدمته من الآن فقبضه وجازه من الآن لجاز ذلك ولم يرد ، وكان للمتصدَّق عليه بعد موته ما رق منه ، لأن هبة المجهول جايزة كما يجوز رهنُه لجواز رهن الغرر ويكون المرتهن إذا حازه أَحَقَّ به من الغرماء بعد الموت يُبَاع له دونهم على ما قاله في المدبر من المدونة ، والله الموفق .

مسألــة

قال أصبغُ سمعت ابن القاسم يقول في الذي يشتري المدبر وهو لا يعلم فيموت عنده إن مصيبتَه منه ولا يرجع على البائع بشيء لا بالثمن ولا بما بين القيمتين ، وكذلك قال مالك ، وقاله أصبغُ وقالهُ ابنُ وهب عن مالك .

قال محمد بن رشد : لابن القاسم في سماع محمد ابن خالد من

كتاب الولاء أنه يرجع على البائع بما بين قيمته مدبراً وقيمته غيرَ مدبر ، وهو الذي يأتي على أصله في المدونة ، لأنه قال فيها : إذا حدث عند المبتاع به عيبٌ فرده وما نقص العيبُ عنده على حكم البيع المردود بالعيب خلافُ ظاهر هذه الرواية قول ابن نافع واختيارُ محمد ابن خالد في سماعه فيما لم يعلم به من المال على القول بأن المدبرَ في المرض يدخل فيما علم به الميت من المال وفيما لم يعلم ، وَلاَ يكون له حكمُ التدبير في اللزوم له ، ويصدق إن رجع عنه في أنه أراد به الوصية ، وفي إعمال شهادة الشهود بما ظهر إليهم من قصد المشهود عليه اختلاف أعملها في هذه الرواية وفي رسم الطلاق من سماع أشهب من كتاب التخيير والتمليك ، ولم يعملها في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الأيمان بالطلاق وبالله التوفيق .

ومن كتاب الوصايا

قال : وسئل ابنُ القاسم عن رجل دبر عبداً فَأَبق العبدُ ومات السيدُ وأوصى بوصايا .

قال : يوقف من الثلث قدرُ قيمته حتى ينظر في شأنه ، فإن مات في إبَاقه ذلك رُدَّتْ تلك الدنانيرُ على أصحاب الوصايا إن كان بقي لهم شيء أو الورثة .

قيل له : إلى متى يوقف ذلك ؟ قال : ينظر إلى قدر ما أتى عليه من السنين وما يعيش مثله ، قال أصبغ : مسألةٌ جيدة دقيقة من المسائل في بعض وجوهها جامعة .

قال محمد بن رشد : قوله يوقف من الثلث قدر قيمته حتى ينظر في شأنه فيه نظر ، وإنما ينبغي أن يُنظر ، فإن كان يخرج المدبرُ وجميعُ الوصايا

من الثلث بعد عتق المدبر ودفع إلى أهل الوصايا وصاياهم وأخذ الورثة بقية المال ولم يوقف شيء فإن كان المدبر حياً فقد أُنفذت [له] الوصية وإن كان ميتاً فقد سقطت فيه الوصيةُ ، والوصايا قد حملها الثلث فأنفذت وأما إن كان الثلثُ لا يحمل إلا الوصايا أو المدبر وتمثيلُ ذلك أن يكون الموصِي قد ترك من المال مائتي دينار والمدبر الآبق وقيمته مائة دينار وأوصى بمائة دينار فإن كان المدبرُ حياً فقد(١٢) عتقه وسقطت الوصايا لأن ثلث الميت قد استغرقه المدبر وكانت المائتان للورثة ميراثاً وإن كان المدبر ميتاً وجب لأهل الوصايا ثلثُ المائتين وذلك ستةٌ وستون وثلثان ، لأن المدبر إذا مات فكأنه لم يكن ، فالواجب أن يُوقف على هذا التنزيل ثلثُ المائتين ، فإن انكشف أَنَّ المدبرَ حي كان الثلث الموقف للورثة ، وإن كان ميتاً كان لأهل الوصايا ، وأما قوله إنه يوقف قيمة المدبر فليس ببين ولا صحيح ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن مكاتب دبر عبداً له فعلم السيد بذلك فلم ينكر عليه حتى عجز .

قال : لا تدبير له إلا أن يكون أَمَرَهُ بتدبيره ، وليس السكوتُ والعلمُ شيئاً .

قال محمد بن رشد : اختلف في السكوت هل يُعدُّ إذناً في الشيء وإقراراً به أم لا ؟ على قولين مشهودين في المذهب منصوصٍ عليهما لابن القاسم في غير ما وضع من كتابه **أحدهما** قولُه في هذه الرواية وفي سماع عيسى من كتاب النكاح والصلح أنه ليس بإذن **والثاني** أنه إذن ، وهو قوله في رسم العرية من سماع عيسى من كتاب المديان والتفليس ، ورسم أسلم من سماع

---

(١٢) في نسخة ق ٣ . فإن كان المدبر حياً نفذ عتقه .

عيسى من كتاب النكاح وأظهر القولين أنه ليس باذن ، لأن في قول النبي عليه السلام والبكر تُستأذن وإذنها صُمَاتها[١٣] دليلاً على أن غير البكر خلافُ البكر في الصمت ، وقد أجمعُوا على ذلك في النكاح ، فوجب أن يقاس ما عداه عليه إلا ما يُعلم بمستقر العادة أن أحداً لا يسكت عليه إلا راضياً به ، فلا يختلف في أن السكوت عليه إقرار به كالذي يرى حَمْلَ امرأته فيسكت ولا ينكر ثم ينكره بعد ذلك وما أشبه ذلك ، وقد مضى هذا المعنى في المواضع المذكورة وفي غير ما موضع من كتابنا هذا وبالله التوفيق .

من سماع أبي زيد
ابن أبي الغمر من ابن القاسم

قال أبو زيد : وسئل ابن القاسم عن رجل دبر عبدَهُ فمات السيدِ فجهل الورثةُ فباعُوهُ ثم مات في يد المشتري أو هو قائمٌ بعينه وكان الذي اشتراه به غَنَماً فتوالدت وكثُرت .

قال ابن القاسم : أَما العبدُ فإن كان قائماً بعينه رُدَّ فإن كان للميت مالٌ يعتق فيه أخرج في ثلثه عتيقاً ، وإن كان ليس له مال يُخرج من ثلثه عتق منه ما حمل الثلث ورق ما بقي ، وكان المشتري بالخيار فيما رق منه إن شاء تمسك بمارق منه إن كان نصفَه دَفع إلى الورثة نصفه وأخذ نصف قيمة الغنم يوم قبضت منه ، وأما الغنم فهي للورثة ليس له منها شيء ، إنما يرجع عليهم بقيمتها يوم قبضت منه إن لم يخرج العبد كله كان بالخيار في ما بقي منه على ما بينت لك .

وإن مات العبدُ ولسيده أموال ، المذكور من كتاب الولاء أنه لا

---

(١٣) أخرجه البخاري في كتاب النكاح عن عائشة بلفظ رضاها صمتها .

يرجع على البائع بشيء ، فيحتمل أن يكون معنى قوله في هذه الرواية : وهو لا يعلم ، أن لا يعلم بأنَّ بيعَ المدبر لا يجوز ، لا أنه لم يعلم أنه مدبرٌ ، فلا يكون على هذا اختلافٌ من قول ابن القاسم في أن المبتاع يرجع على البائع ، وقد مضى في أول الرسم تحصيلُ القول فيما يلزم البائعَ في الثمن ، وقد كان القياس على المذهب إذا اشتراه وهو يعلم أنه مدبر ففات عنده بموت أنْ تكون عليه قيمته ، لأنه بَيعٌ فاسد لعقده فات الردُّ فيه بالموت على القول بأن البيع الفاسد لعقده إذا فات يُرَدُّ إلى القيمة ولا يمضي بالثمن ، وإن حُمِلت هذه الرواية على ظاهرها من أنه لا رجوع للمشتري على البائع بشيء إذا مات المدبرُ عنده وإن كان اشتراه وهو لا يعلم بتدبيره فيأتي مثل قول ابن نافع في كتاب الولاء وخلاف مذهبه في المدونة وخلافُ ما في المدونة أيضاً في أن البائع يلزمه أن يَتَمَخَّى مما أَخَذَ زائداً على قيمته على الرجاء . والخوف ، لأنه إذا لم يجب للمبتاع عليه رجوعٌ إذَا دَلَّسَ له بالتدبير فمات عنده لا يجب عليه هو أنْ يتمخى من شيء من الثمن ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قال أصبغ : سئل ابنُ القاسم عن المدبر في المرض أيدخلُ في المال الغائب الذي لم يَعْلَمْ به الميتُ ؟

قال : نعم ، قلت فالعتقُ بَتْلاً ؟ قال : لا .

قال محمد بن رشد : قوله إن المدبر في المرض يدخل فيما علم الميت من المال وفيما لم يعلم هو ظاهرُ ما في رسم جاع من سماع عيسى من

كتاب الديـات ، .ومثلُ نص . قوله في المدنية من رواية عيسى عنه خلافُ مذهبه في المدونة من أنه لا يدخل فيما لم يعلم به الميتُ من المال إلا المدبر في الصحة ، فعلى هذه الرواية إذا اجتمعا بدىء المدبرُ في المرض على المبتول فيه ، وقد قيل إنهما يتحاصان وقيل أيضاً إنه يُبَدّأُ المبتولُ في المرض ، فعلى هذا القول يدخل المبتولُ في المرض فيما لم يعلم به الميتُ من المال ، فإن اجتمعا جميعاً على القول بأنه لا يدخل المبتلُ في المرض في المال الذي لم يعلم به الميت وللميت مالٌ قد علم به ومال لم يعلم به فثلـثُ المال الذي علم به يَقصُرُ عن قيمتهما قُوِّمَا جميعاً في ثلث المال الذي علم به ، ثم أُكْمِلَ عتقُ المدبر منهما في ثلث المال الذي لم يعلم به أو ما حمل منه زائداً إِلَى ما أعتق منه مع المبتل في ثلث المال الذي علم به ، مثال ذلك أَنْ يترك المتوفي ثلاثين ديناراً ومدبراً في المرض قيمَتُه ثَلَاثُون ديناراً أو مبتلًا فيه قيمتُه ثلاثون ديناراً أيضاً وَيَطْرَأُ له ثلاثون ديناراً لم يعلم بها الميت ، فجميع مَالِ الميتِ الذي علم به على هذا تسعون ، الثلثُ من ذلك ثلاثون فيعتق من كل واحد منهما نصفه بخمسة عشر ، ثم يرجع المدبر فيقول لي ثلثُ الثلاثين التي طَرَأَتْ للميت ، فيعتق منه بعشرة زائداً إلى ما أُعتِقَ منه مع المبتل ، فيكمل فيه من الحرية خمسةُ أسداسه .

ولو كان المالُ الذي طَرَأَ للميت خمسةُ وأربعون فأكثر لعُتِقَ باقيه في ثلث ذلك ، ولو كان المالُ الذي علم به الميت ستين ، والمالُ الذي طَرَأ له ثلاثون لعتق من كل واحد منهما في ثلث ما علم به الميت من المال ثلثاه ، لأن جميع المال الذي علم به الميت مع قيمة المدبرين مائة وعشرون ، الثلثُ من ذلك أربعون ، فيعتق من كل واحد منهما بعشرين ، ثم يرجع المدبر فيستتم باقيه في ثلثِ المالِ الطارىء وبالله التوفيق .

ومن كتاب الوصايا

قال ابنُ القاسم في رجلٍ قال في مرضه : إن مت من مرضي هذا فغُلامي مدبر .

قال : إن مات فيه فهي وصية وليس تدبيراً وإن عاش فهو أيضاً وصيةٌ يصنع بها ما شاء إلاّ أن يكون أراد بذلك تدبيراً واجباً ساعته مثلُ أن يكون تعمَّدَ التدبير عند الوصية وأخْطَأ وجهَ الكتاب والوصية فظن أنَّ ذلك وجهُ الصواب والمأخذ وأنه التدبير ، قال أصبغ : فهو تدبير حينئذ ، أو يرى الشهودُ أنه إنما أراد التدبير ويقطعون ذلك فيما يرون ، أو يوقف قبلَ موته ويسئل عن ذلك فيذكر أنه أراد التدبير ، والقولُ قولُه لِمَا يذكر من إرادته .

قال محمد بن رشد : قولُه إن مات فهي وصية يريد أن له حكمَ الوصايا في التَّبْدِئَةِ وفيما لا يدخل فيما لم يعلم به من المال ، وفي أن له أنْ يرجع عنه في مرضه ذلك إن شاءَ .

وقولُه إن عاش فهي وصية يريد إن كان كتب ذلك في كتاب ووضعه عند غيره أو أبقاه عند نفسه على اختلاف قول مالك في ذلك ، وأما إن لميكتب ذلك في الكتاب فالوصيةُ باطلة إن لم يمت من مرضه ذلك حسبما مضى من تحصيل ذلك في أول رسمٍ من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا ، وقد قيل إنّه تدبير لازم لارجوعله ، حكى ذلك ابنُ المواز عن ابن القاسم ، ومثلُه في كتاب ابن سحنون لابن القاسم ولابن كنانة ، وقال أصبغ : إن أراد به التدبيرَ مثل قوله بلفظ وقول ابن القاسم في هذه الرواية ، ولكلا القولين وجه ، لأنه لَفَظَ بلفظ التدبير وعلَّقه بموته من مرضه ذلك .

والذي أقول به في هذا أنه إن مات من مرضه ذلك كان مدبراً على ما قال ، يكون له حكمُ التدبير من التبدئة والدخول مأمونة من دُورٍ وأرضين فهو حر ويلزمه رَدُّ قيمةُ الغنم إلى المشتري ، وإن كان لا يخرج إلا بعضُه رَدَّ بقدر ما يُخرج منه ، وما بقي كانت مصيبته من المشتري ، وإن كان موته بعد زمان واقتسمت الأموال على أمانة لو كان بأيديهم كان حراً رأيتُ للمشتري أن يرجع فيما يأخذ قيمة الغنم من الورثة وتكون مصيبته منهم .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة صحيحة على ما قال ، لأن العتق قد وجب للمدبر بموت سيده إن حمله الثلثُ أو ما حمل منه ، فإذا باعَه الورثة وعُثِرَ عليه قبلَ أن يموت وجب أَنْ يُرد ويعتق في ثلث الميت إن حمله الثلث ، ويأخذُ المبتاع غنمَه إن كانت قائمةً أو قيمتَها إن كانت قد فاتت ، والولادةُ فيها فوتٌ لأنها تفوت في هذا بما يفوت به البيعُ الفاسد من حوالة الأسواق فما فوق ذلك ، وإن لم يحمل الثلثُ عتق منه ما حمل الثلث ورجع بقدر ذلك من قيمة الغنم إن كانت فاتت ، وكان بالخيار فيما رق منه إن شاء تمسك به وإن شاء رده ورجع بجميع قيمة الغنم يوم وقع البيع فيها .

وإن مات العبدُ عند المشتري ولسيده أموالٌ مأمونة كانت مصيبتُه من الورثة ، ورجع المشتري عليهم بجميع قيمة الغنمِ لفواتها بالولادة ، لأن الحرية تجب له بموت سيده إن كانت له أموالٌ مأمونة ، وإن لم تكن له أموالٌ مأمونة وكان موتُه بحدثان بيعه قبل النظر في مال الميت فمصيبتُه من المشتري وينفذ بيعه ، قاله ابنُ المواز ، وهو مفسر لقول ابن القاسم ، وإن كان موته بعد طول فمصيبتُه من الورثة إن علم أنه كان يخرج من الثلث ويرجع المبتاعُ عليهم بجميع قيمة الغنم ، وإن عُلِمَ أنه كان لا يخرج منه في الثلث إلَّا بعضه رجع على الورثة من قيمة الغنم بقدر ما كان يحمل الثلث منه ، وكانت مصيبتُه باقيةً من المبتاع ، هذا معنى قول ابن القاسم في هذه الرواية ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل عن رجل قال في مرضه جاريتي مدبرة عن ولدي إن حَدَثَ بي حدثٌ فَصَحَّ .

قال فلا شيء عليه ، ولا تكون مدبرة عن ولده ، ولو قال في مرضه جاريتي مدبرة ولم يستثن شيئاً ولم يقل إن مات من مرضه إلّا قال مدبرةً قط قال فهي مدبر وإن صح من مرضه ذلك .

قال محمد بن رشد : أما الذي قال في مرضه جاريتي حرة إن حدث بي حدثٌ فصح من مرضه فبَيّنٌ أنه لا شيء عليه كما قال ، لأنها وصية بتقييده إياها بذلك المرض ، فيبطل إذا صح منه إلا أن يكون كتب بذلك كتاباً ووضعه عند غيره أو أمسكه عند نفسه على اختلاف في ذلك حسبما بيناه في رسم الوصايا من سماع أصبغ قبل هذا ، وسواء قال في ذلك عن ولده أو لم يقل ، الأمرُ في ذلك سواء إذا صح من مرضه ذلك ، وإنما يفترق ذلك إن مات منه ، فإن لم يقل عن وَلَدِي أعتق بعد موته من ثلثه ، قيل على حكم الوصية ، وقيل على حكم التدبير حسبما مضى من الاختلاف في ذلك في رسم الوصايا من سماع أصبغ ، وإن قال عن ولدي فقيل تعتق بموته من ثلثه ، وقيل تعتق بموت ابنه من رأس المال ، والولاءُ للابن على كل حال حسبما مضى بيانُه في رسم المحرم من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق .

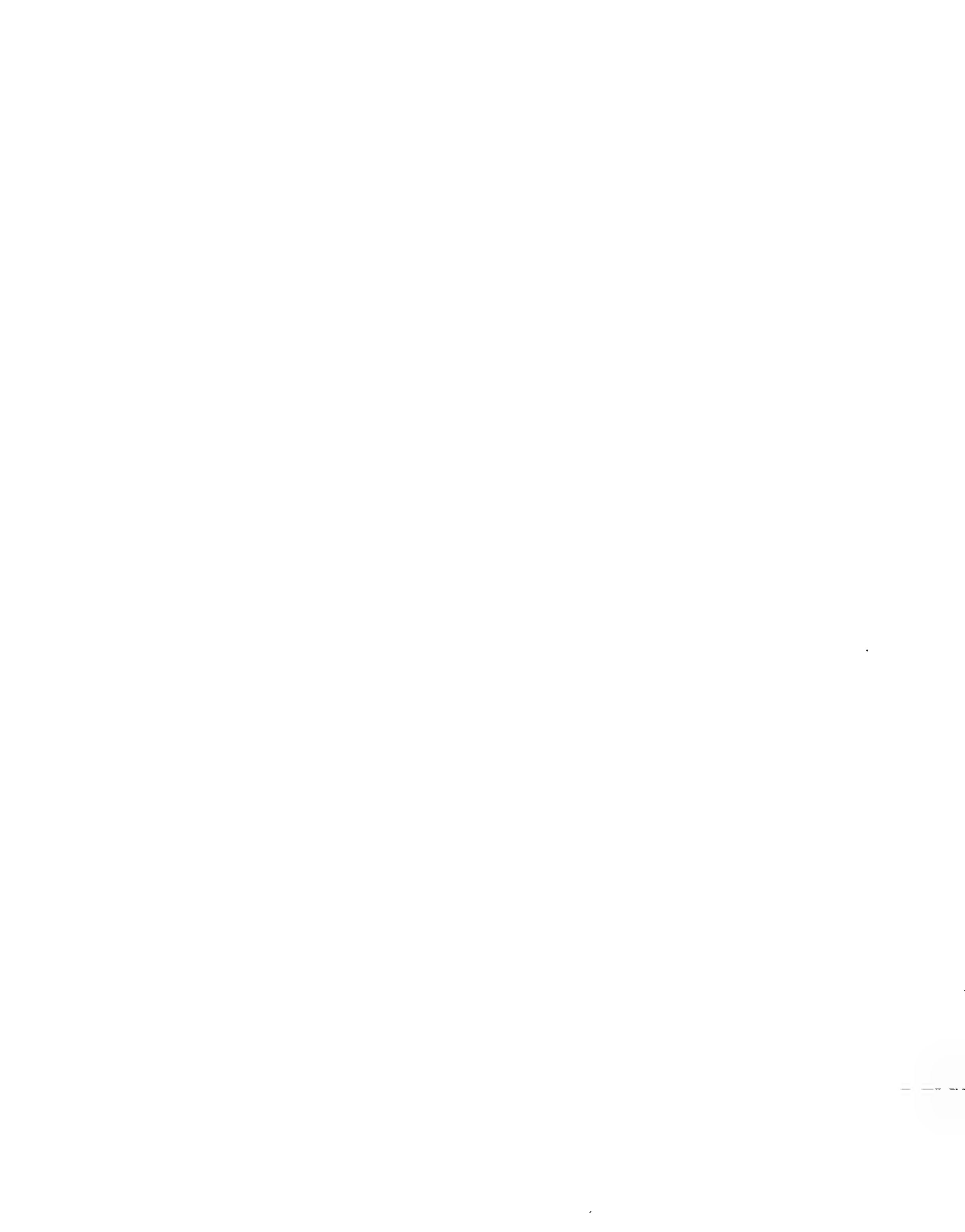
مسألـــة

وقال في رجل قال لغلامه أنت مدبر عن أبي فإنه سواءٌ كان أبوه حياً أو قد مات أبوه حين قال ذلك لا يعتق إلّا بعد موت سيده الذي دبَّرهُ عن أبيه ولا يعتق عند موت أبيه إلّا أن يقول العبدُ عن دبرٍ من

أبي ، فإن كان أبوه قد مات كان حراً الساعة قال وإن كان أَبُوهُ حياً فإنما يعتق إذا مات أبوه ، وولاؤُه لأبيه .

قال محمد بن رشد : قولُ ابن القاسم في هذه الرواية خلافُ ما تقدم من قوله في رسم المحرم من سماع ابن القاسم ، وقد مضى الكلامُ على ذلك هنالك وبالله التوفيقُ لا شريك له .

تَمَّ كتابُ المدبر بحمد الله تعالى وحسن عونه



كتاب المكاتب

من سماع ابنِ القاسم من مالك
من كتاب قطع الشجر

قال : أخبرنا سحنونُ قال ابنُ القاسم : قال مالك فيمن قَاطَعَ عبدَه : إنه إن جاء به إلى الأجل أو ما أشبهه فذلك له ، وإلاَّ أخِّـرَ العبدُ شهراً ونحوه كما يؤخر الغريمُ ، فإن جاء به وإلاَّ فلا قطاعة له .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مثلُ ما في المدونة وغيرها أنَّه يُتَلَوَّمُ له في القطاعة كما يُتَلَوَّم له في الكتابة إذا عجز عن أدائها ، وسواء كان المقاطعُ عبداً على ظاهر هذه الرواية أو مكاتباً ، لأن قِطاعة المكاتب على أن يضع عنه ويعجل له جايزَةٌ لأنه يتعجل العتق بذلك ، وليست الكتابةُ بدين ثابت فيدخله ضَعْ وَتَعَجَّلْ .

وأما مقاطعتُه على أن يؤخره بالكتابة ويزيده فيها فاختلف في ذلك إذَا لَمْ يعجل عتقه ، والقولان في المدونة ، أَجَاز ذلك في كتاب المكاتب ، ولم يجزه في آخر كتاب الحوالة .

وقولُه فإن جاء به وإلاَّ فلا قطاعة عليه معناه لا قِطاعة له لأنَّ حرف الجر قد تبدل بعضها من بعض ، قال تعالى ﴿ إِنْ أَحْسَنْتُمْ أَحْسَنْتُمْ لأَنْفُسِكُمْ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا ﴾[1] أي عليها ، فإذا بطلت قِطاعته بالحكم بتعجيره بعدَ التلوم له

(١) الآية ٧ من سورة الإسراء .

بقي على ما كان عليه من الكتابة إن كان مكاتباً حتى يعجز عن أداءِ كتابته عند حلولها ، وعلى ما كان عليه من الرق إن كان عبداً ، وقيل إنه إن كان مكاتباً فعجز عن المقاطعة التي قوطع عليها رجع رقيقاً ، وهو الأظهر ، لأن القطاعة في الكتابة إنما معناها فسخ الكتابة والانتقال عنها إلى القطاعة ، وفي قوله وَإلاَّ أُخِّرَ شهراً أو نحوه كما يؤخر الغريمُ نصٌّ منه على لزوم الحكم بتأخير الغريم إذا أَعْسَر بالدين بعد حلول الأجل على ما مضى عليه الحكم عندنا بِفَتْوَى جميع الشيوخ من أن يؤجل الغريمُ بعد حلول الأجل إذا أعسر بالدين ولم يكن عنده نَاضٌّ إلا أن يبيع عروضه بالاجتهاد على قدر قلة المال وكثرته بِحَمِيلٍ يُقيمه في ذلك ، ولا يوكلون عليه في بيع عروضه وعقاره في الحال إذا لم يعامله الغريمُ على ذلك خلافُ ما كان يُفتي به سائرُ فقهاء الأمصار بالأندلس من التوكيل عليه في بيع ماله وتعجيل إنصافِه وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك عن الذي يشتري كتابةَ المكاتب أيُقاطعه بالذهب كما يقاطعه سيده ؟ قال : لا بأس بذلك .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأنَّ مشتري الكتابة بما يجوز اشتراؤُها به مما يصح اشتراءُ الديون به يحل محل البائع في أنه يرثه إن مات ، وتكون له رقبته إن عجز ، فكذلك يحل محله في جواز مقاطعته إياه وإن مات وعليه دينٌ أو فلس لم يحاص الغرماء بما قاطعه به ، قال ذلك مالكٌ في كتاب ابنِ المواز لأنه ينزل في ذلك منزلةَ سيدِه الذي كاتبه .

وجوازُ شراءِ كتابةِ المكاتب عند مالك وأصحابه أَمْرٌ مُتَّبَعٌ لا يحمله القياس ، لأنه غرر ، وقد روى عن ابن القاسم أنه قال بلغني أنَّ ربيعة وعبدَ العزيز قَالاَ بيعُ كتابةِ المكاتب غررٌ لا يجوز ، لأنه إن عجز كانت له رقبته ، وإن أدى كان ولاؤُه للبائع الذي كاتبه ، ووقع قولُ ربيعة في رسم شكٍّ من سماع ابنِ القاسم

من كتاب الجامع من رواية ابنِ القاسم عن مالك عنه ، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة أَن بَيْعَ كتابة المكاتب لا يجوز وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك عن مكاتبٍ وَضَعَ عنه سيدُه ثلثَ ما عليه من كتابته في مرضه ، ثم إنَّ المكاتَبَ عَجَزَ عن أداءِ الكتابة ، قال : قد عتق ثلثُه .

قال محمد بن رشد : معناه أنه مات من مرضه ذلك فعجز بعد موته ، لأنَّ وضعَ ثلثِ كتابته عنه في مرضه كالوصية له بعتق ثلثه ، وهذا ما لا اختلاف فيه أعلمه ، وأما لو صح من مرضه فعجز في حياته لم يعتق عليه منه شيء ، وكذلك لو أعتق ثلثه في صحته ثم عجز لم يعتق عليه منه شيء ، لأن عتقه لِمَا أعتق منه إنما هو وضع لما عليه من الكتابة وليس بعتقٍ إذْ ليس بمالكٍ لرقبته ، وإنما يملك منه كتابتَه ، وكذلك إن كان المكاتبُ بَيْنَ اثنين فأعتق أحدُهما حظَّه منه ، ثم عجز في نصيب صاحبه لم يعتق عَلى المعتق حظه منه في قول مالك وجميع أصحابه ، وفي ذلك اختِلَافٌ بين السلف ذكره في المدونة عن الليث ابن سعد أنه سمع يحيى ابنَ سعيد يقول : إنَّ الناس قد اختلفُوا في حظ المعتِقِ منه إذا عجز ، فقال ناس يكون له حظه منه إذا عجز ، لأنه لم يُعتق له رِقاً وإنما ترك له مالاً وبالله التوفيق .

ومن كتاب الشجرة تُطْعِمُ بَطْنَيْنِ في السَّنَةِ

وسئل مالكٌ عن عبد كان بين ثلاثةِ إخوة فكاتبه إثنان منهما بإذن أخيهما شريكهما فيه ، وكان على كتابته ، ثم إنَّ اللذين كاتباه

قاطعاه بإذن شريكهما الذي له فيه الرق وعتق نصيبُهما ، ثم إنَّ الذي بقي له فيه الرق مات وَرِثَهُ ورثُته وَخَدَمَهُم في نصيبه سنين ، ثم قيل له ذلك تُقَوَّم على الذَيْنِ قاطعاك .

قال مالك : أراه رقيقاً ولا ينفعه ما كاتباه به بإذن شريكهما وَلَا مقاطعتهما إياه دون شريكهما .

قيل له : إنه قد أذِن لهما ؟ قال : لَا ينفعه ذلك وأراه رقيقاً ، قال لي قبل ذلك : وَيَرُدَّانِ ما أَخَذَا منه فيكون بينهم .

قال محمد بن رشد : هذا بين على مذهبه في أنَّ العبد بين الرجلين لا يجوز لأحدِهما أن يُكاتِب نصيبَه منه بإذن شريكه ولا بغير إذن شريكه ، فإن فعل فُسِخَ ولم يجز ، وإن لم يُعثَرْ عليه حتى أدَّى ما كُوتب عليه كان ما قبض بينهما ، وكان العبدُ رقيقاً لهما ، وقد قال في موطإه : إنه الأمرُ المجتمع عليه عندهم ، لأنه خِلَافٌ لما قال رسول الله صلى الله عليه : مَن أعتق شِرْكاً له في عبدٍ قُوِّمَ عليه قيمةَ العدل ، الحديث ، ولا فرق في هذا بين أن يقبض الشريكُ ما كاتبه عليه أو يقاطعه على ذلك فيقبض ما قاطعه عليه ، وَلَا فَرق أيضاً بينهم وبين ورثتهم فيما يجب من فسخ الكتابة ، فالمسألة بينةٌ لا إشكال فيها ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب لَيَرْفَعَنَّ أمراً

قال ابنُ القاسم سئل مالكٌ عن المكاتب يضع عنه سيدُه ما عليه عند موته وله وُلْدٌ قد وُلدوا في كتابته أيُقَامُ بولده أم برقبته وحده ؟ قال : بل يُقام وولده معه ، فإن كانوا أقل من القيمة من قيمة الكتابة عتقوا ، وإن كانت قيمةُ الكتابة أقلَّ من القيمة عتقوا .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن وُلْدَهُ الذين وُلِدوا في الكتابة بمنزلته ، فإذا أوصى بعتق مكاتبَه أو بِوَضع ما عليه من كتابته فيوضع في الثلث الأقلُّ من قيمته على ما هو عليه من مَلاَئة وقيمة وَلَدِهِ أو الأقل من قيمة الكتابة ، هذا قول ابنِ القاسم في المدونة وروايتُه عن مالك ، وقال غيرُه إنما ينظر إلى الأقل من قيمة الرقبة وعدد الكتابة ، ومثلُه لمالك في كتاب الجنايات من المدونة في موضع واحد منه .

وكذلك إذا قُتِل المكاتبُ يَغرَم قاتلُه لسيده قيمتَه على الحالة التي كان عليها ، قاله في كتاب الجنايات من المدونة ، وطرح سحنون منها قولَه على الحال التي كان عليها ، وقال إنما يقوم في المثل بغير ماله ، لأن ماله يبقى إلى سيده ، ولم يُرِدْ مالكٌ أن يُقوَم في القتل بماله ، وإنما أراد أَنْ يقوم بغير ماله على الحال التي كان عليها من قدرته على اكتساب المال وبصره في ذلك ، والله أعلم وبه التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك عن مكاتب كاتبه سيدُهُ على أربعماية دينار وخمسين ديناراً على ان يدفع له في أول سنةٍ سبعة عشر ديناراً والنجمَ الآخر أدنى من ذلك ، ونجم آخر مثله ، فأوصى إن أدى هذه الأربعَ نجوم وضع عنه من كتابته خمسين ديناراً فتكاملت عليه أربعُ نجوم سوى الأول ، فقال العبد : قَاصُّوني بها فيما وضع عَنِّي سيدي من الخمسين .

قال مالك : لا أرى له شرطاً في أولٍ ولا آخرٍ ، وأرى أن تقسم تلك الخمسون الدينار على النجوم فيوضع عنه بقدر كل نجم ما يصيبه من الخمسين ، وكانت وصيته وقد تَدَاركت على العبدِ أربعَ

نجوم لم يودها ، قالَ أرى أن يُقسم ذلك على ما حَلَّ وما لم يحل ، ولا ينظر في ذلك إلى قَوْلِ العبدِ لِأَنْ يُعَجِّلَ له ، ليس ذلك له .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله لا إشكال فيه . من أَنَّ وجهَ الحكم في ذلك الفَضّ على جميع النجوم إِذْ لَم يَخُصَّ الموصي الأولَ منها من الآخر ، فلا ينظر إلى قَول العبد في تعجيل الوضيعة من أولِ النجومِ ، وَلَا إلى قولِ الورثة في تأخيرها إلى آخر النجوم وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن امرأة أعتقت نصفَ عبدٍ لها بعد الموت ، وأمرت أن يُكاتب نصفُهُ الآخَرُ كيف يكاتب النصف ؟ قال : على قدر حاله وقُوَّتِهِ في ذلك وجَرَائِهِ على قَدْرِ تأديته .

قال محمد بن رشد : قولُهُ أعتقت نصفَ عبد لها بعد الموت معناه أوصت بعتقه بعدَ موتها فالمسألة بينة على ما قال ، لأنها إذَا أوصت بعتق نصفِهَا فلا يَجِبُ أن يعتق عليها النصفُ الآخر في ثلثها باتفاق في المذهب ، وإذا لم يجب ذلك وجب أن تنفذَ وصيتُهَا بأن يكاتب النصف الآخرُ على ما قال من قدر حاله وقوته على الأداء وجرائه ، ونقلَ ابنُ أبي زيد هذه المسألة في النوادر فقال فيها : اعتقت نصفَ عبدٍ لها عند موتها والحكمُ في ذلك سواء ، لأنها إذا اعتقت نصفَهَا في مرضها فلم يُعثر على ذلك حتى ماتت لا يعتق النصف الآخر عليها في ثلثها إلَّا أنْ يكون الموت قد عافصها على اختلافٍ في ذلك قد مضى تحصيلُهُ في رسم العتق من سماع أشهب من كتاب العتق ، ولو اعتقت نصفَ عبدٍ لها في مرضها فأوصت بأن يُكاتب النصفُ الآخر فعُثِر على ذلك قبل موتها لعتق عليها باقيها في ثلثها وبطلت الوصية في ذلك بعتقها وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل عن قوم يقسمون من الصَّدَقَةِ وجدوا مكاتباً قد بقيت عليه بقيةٌ من كتابته أترى أن يُعطَى منها ما يُعْتَقُ به قال ما أرَى بأساً وغيرُهُ أَحَبّ إلي يعني تركَه .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة فيها ثلاثةُ أقوال أحدها هذا أنه يجوز أن يُعطي المكاتبُ من الزكاة ما يُعتق به وإن كان ولاؤُهُ للذي كاتبه ، وكذلك يجوز على هذا القول أنْ يُعْطِيَ الرجلُ من زكاة ماله الرجلَ على أن يعتِق عبدَه وإن كان ولاؤُه للمُعتق ، وكذلك الرقبة يكون بعضُها حراً وبعضُها رقيقاً يجوز أن يشتري ما رق منها من الزكاة فيُتِم ذلك عتاقَتَها ، وقد حكى ذلك ابنُ حبيب في الواضحة عن مالك **والقول الثاني** أنه لَا يجوز أن يعطي من الزكاة المكاتبُ وَإنْ تمت ذلك عتاقتُهُ من أجل أَنَّ ولاءَه للذي كاتبه ، وهو نص قول ابن القاسم في الواضحة أنه لا يجوز أن تجعل زكاتُهُ إلَّا في رقبته يكون ولاؤُه لجميع المسلمين وظاهرُ روايته عن مالك في المدونة **والقول الثالث** أنه يجوز أن يُعَانَ بذلك المكاتبونَ الذين لا يقدرون على أداء كتابتهم فيودُوا عتقهم بقدر قلةِ المال وكثرته من غير أن يشترط في ذلك كمالُ حريتهم ، هذا ظاهرُ قول المغيرة في تأويل قول الله تعالى **وَفِي الرِّقَابِ** وظـاهِرُ ما حكي ابنُ حبيب في الواضحة عن مطرف أنه قال وقد أشار على مالك وعلى ابن أبي حازم أنْ يجعل من الصدقات في المكاتبين وفي الرقاب ، والقول الأولُ إستحسان والثاني هو القياسُ ، وقولُ ، المغيرة ضعيفٌ ، ووجهه إتباع ظاهر قوله تعالى ﴿ **وَفي الرِّقَابِ** ﴾[٢] قال ابن حبيبٌ : وكان أصبغُ لا يرى أن يُفَكَّ أسرى المسلمين من الزكاة ، ومن فعل ذلك ضمنها ، وأنا لا أرى ذلك ، لأنها رقاب قد جرى عليها الرق لأهل الشركِ ، فإنما يُفَكُّ من رق إلى عتقٍ وبالله التوفيق .

---

(٢) الآية ٦١ من سورة التوبة .

مسألـــة

قال مالكٌ كان زيادُ قَدْ أعانه الناسُ في فَكَاكِ رقبته وأسرع الناس في ذلك ، وَفَضْلُ مَا قُوطِع عليه مالٌ كثير ، فرده إلى من أعطاه بالحصص ، وكتَبَهُم زيادُ عنده فلم يزل يَدْعُو لهم حتى مات .

قال محمد بن رشد : هذا مذهب مالك وقولُهُ في المدونة انهم إن كانوا أعانوا المكاتبَ على وجه الفكاك لرقبته ولم يكن ذلك منهم على وجه الصدقة عليه ، كان عليه أَنْ يستحلهم من ذلك أو يرده عليهم بالحصص كما فعل زيادُ مولى ابنِ عباس .

ومن كتاب البز

قال مالك في الذين يَرَوْنَ الإسْتِسْعَاءَ وَخَطَّأَ ما يقولون ، كيف يصنعون بالصبي الصغير؟ يريد الذي ليس فيه عملٌ والجاريةِ التي تُسْتَسْعَى ولا تقوم على عمل؟ .

قال محمد بن رشد : لم يأخذ مالك بحديث الإستسعاء وهو ما رواه أبو هريرة عن النبي عليه السلام قال : من أعتق نصيباً او شِرْكاً في مملوك فعليه خَلاَصُهُ كله في ماله ، فإن لم يكن مال اسْتُسْعِيَ العبدُ غير مشقُوقٍ عليه[٣] ، وإنما اخذ بحديث ابن عمر الذي رواه عن نافع عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من اعتق شركاً له في عبد فكان له مالٌ يبلغ ثمنَ العبدِ قُوِّمَ عليه قيمةَ العدل فَأُعْطِيَ شركاؤُهُ حصصهم وأُعتِقَ عليه العبدُ وَإلاَّ فقد عتق عليه منه ما عتق[٤] ، إما لأنه لم يصح عنده حديثُ أبي هريرة في

(٣) حديث أبي هريرة رواه الجماعة ، وهو عند البخاري في كتاب الشركة باب تقويم الأشياء بين الشركاء وفيه من أعتق شقيصاً . والشقيص كالنصيب وزناً ومعنى .

(٤) حديث ابن عمر رواه البخاري في كتاب العتق باب إذا عتق عبداً بين اثنين .

الإستسعاء ، يكون العبدُ ممن لا تصح السعاية منه على ما قاله في هذه الرواية وتابعه جميعُ أصحابه على قوله فلم يُوجِبُوا للشريك على المعتق لِحَظِّهِ من العبد إذا كان معسراً قيمةً ، ولا على العبد سِعَايَةً ، وقالوا : هو بالخيار إن شاء أعتقَ حظه ، وإن شاء تَمَسَّكَ به رقيقاً ، وقد قيل إنَّ من حقه أنْ يضمنه القيمة فيتبعه بها في ذمته ويعتق العبد عليه ، وقد مضى ذلك في رسم الصلاة من سماع يحيى من كتاب العتق .

ومن أهلِ العلم خارجَ المذهب من رأى المُعْتِقَ ضامناً لقيمة نصيبه مُوسِراً كان أو معسراً ، وقالوا هي جناية منه عليه في نصيبه فيلزمه قيمتُهُ في اليسر والعُدم ويكون لَهُ ولاؤُهُ شاء شريكُهُ أو أبى ، وحجتُهُم على ما روي عن أبي الملح عن أبيه أنّ رجلاً أعتق شقصاً له في مملوكٍ فأعتقه النبي عليه السلام ، وقال ليس لله شريك .

ومنهم من فال إنَّ الشريك مخيرٌ إن شاء أعتق نصيبه وفك له نصفَ ولائه وإن شاء ضمِنَ المعتق فعتق عليه جميعُهُ وكان له ولاؤه كما يقول أصحابُ مالك في الموسِر .

ومنهمْ من يقول إنَّ العبد يُعتق كلُّه على الذي أعتق حظه منه ، ويكون ولاؤُه له موسراً كان أو معسراً ، فإن كان موسراً ضمن القيمة لشريكه ، وإن كان معسراً استسعى العبدُ فيها ، وهذا قولُ ابي يوسف ومحمد ابنِ الحسن .

ومنهم من قال إنَّ الشريك مخيرٌ إذا كان المعتِق لحظه معسراً بين أن يُعتق حظه فيكون له نصفُ ولائه ، وَبين ان يستسعى العبدَ في نصف قيمته ، فإذا أداها إليه عتق ، وهو قول أبي حنيفة ، ومن قوله أيضاً في الموسر أَن الشريكَ بالخيار إن شاء أعتق كما أعتق وكان الولاءُ بينهما ، وإن شاء استسعى العبد في نصف القيمة ، فإذا أَدَّاهَا عَتَقَ وكان الولاءُ بينهما ، وان شاء ضمن المعتق نصفَ القيمة فإذا أَدَّاهَا عتق ورجع بها المضمن على العبد استسعاه فيها وكان ولَاَؤُهُ للعتق ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل مالكٌ عن مكاتَبٍ كُوتِبَ على كذا وكذا درهماً في نجومٍ وَزَّعَهَا عليه فجاء بنجومه عدداً ولم يكن في شرطه عددٌ وَلاَ كَيْلٌ فأبى أهلُهُ أن يأخذُوا إلاَّ كَيْلاً وفيها زيادةٌ في وزنها ، فقال مالك : إذا أعطاهم دراهمَ وازنة فرَادى فليس لهم غيرُ ذلك .

قال محمد بن رشد : معنى هذا إذا كان البلدُ يَجْرِي فيه الفُرادَى والكيلُ ولم يكن بينهما شَرْطٌ وَلاَ ادعى أحدُهُما نية ، وأما إنْ كان البلدُ يجيء فيه الفرادى والكيل ولم يكن بينهما شرط فقال المكاتبُ إنما أردتُ الفرادى ، وقال السيدُ إنما أردتُ الكيلَ ، فالقولُ قولُ المكاتب مع يمينه ، فإن نَكَلَ كان القولُ قولَ السيد مع يمينه ، وكذلك إذا اختلفا فقال المكاتبُ كان الشرط بيننا على الفرادى ، وقال السيدُ بل كان الشرط بيننا على الكيل ، فالقولُ قولُ المكاتب مع يمينه على ما يدعي من الشرط ، فإن نَكَلَ كان القولُ قولَ السيدِ على ما يدعي منه أيضاً ، هذا الذي يأتي في هذه المسألة على أصولهم ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب باع غلاماً بعشرين دينارٍ

قال مالكٌ في مكاتب كان يبيع لسيده في ماله ، كان رجلٌ قد دَفَعَ إلى سيده سلعة يبيعها له ، فزعم المكاتبُ أنه قد باعها وحاسبَهُ سيدُهُ بثمنها وقبضه منه .

قال : ما أرى أنْ يُلْزَمَ المكاتبُ ما أَقَرَّ به من أمرِ تلك السلعة بشيء من ثمنها .

قال محمد بن رشد : معنى قوله إنه لا يلزمه غُرْمُ ثمن السلعة ويُصَدَّقُ مع يمينه في أنه قد حاسب سيده به وقبضه منه على أصولهم في أَنَّ الوكلاء مؤتمنون مصدَّقون مع أيمانهم في دفع أثمان ما وُكِّلُوا على بيعه ، وفي ذلك تفصيلٌ واختلافٌ قد مضى تحصيلُهُ في رسم حَلَفَ أن لا يبيع سلعة سماها من سماع ابنِ القاسم من كتاب البضائع والوكالات ، وفي غير ما موضع سواه وبالله التوفيق .

ومن كتاب نَذَرَ سَنَةً يصومها

وسئل عن مكاتب بين رجلين فيُريد أحدُهُما بيع نصيبه منه . قال : ما أعلمُ أن المكاتب يباع بعضُه ، قلت أفتَكَرَهُ ذلك ؟ قال : نعم ، إمَّا أن يباع كله وإما أنْ يترك .

قال سحنون : إنما يُكره بيعُ نجم من نجوم المكاتب ، فأما ثلثُ ما عليه أو رُبُعُه أو نصفُهُ فليس به بأس ، قال أصبغ مثلَه ، وإنَّمَا يُكره بيعُ نجم من نجومه إذا كان بعينه فإذا لم يكن بعينه لم يكن به بأس لِأَنَّ ذلك يرجع إلى أن يكون جزءاً من الأجزاء ، وقال سحنون مثله ، وقال إذا اشترى نجماً من عشرة أَنْجُمٍ واشتراه مُسْجلاً ليس بعينه فهو جائز ، وهو كأنه اشترى عُشُرَ الكتابة .

قيل له : فإن عجز المكاتبُ عن أدَاء كتابته ؟ قال يكون عُشُرُ رقبته رقيقاً لهذا الذي اشترى نَجْماً من عشرة أنجم .

قا محمد بن رشد : لم يجز مالك في هذه الرواية لأحدِ الشريكين في كتابة المكاتب أن يبيع حصته منها ، وله مثلُ ذلك في سماع يحيـى وفي سماع سحنون ، خِلَافُ ما له في موطإه من إجازة ذلك ، ولم يختلف قولُهُ في

أنه لا يجوز للرجل ، إذَا كانت الكتابةُ كلها له أن يبيع جزءاً منها ، وأجاز ذلك ابنُ القاسم في سماع أصبغ مثل قول سحنون وأصبغ ها هنا في إجازة بيع جزء من أجزاء الكتابة وبيع نجمٍ منها إذا لم يكن معيناً ، لأنه يرجع إلى جزء معلوم ، وسواء اتفقت النجم في العدد أو اختلفت إذا عُرِفَ عددها وَعَدَدُ كل نجم منها ، جاز شراء نجم منها إذا لم يكن بعينه لأنه يرجع إلى جزء معلوم ، وقد وقع في العشرة ليحيى .

قلت لم كُره لأحد الشريكين بيعُ نصيبه من الكتابة ولو اجتمعا جميعاً على بيعها لم يكن بذلك بأس ؟ قال إنما بيعُ الشريكِ نصيبَه بمنزلة الذي يملكه كله فيبيع نصفَه .

قلت له : فإذا كان كلُّه لرجل فَلأِيّ شيء يُمنع من بيع نصفه وقد يجوز له بيع الجميع ؟ فقال : لم يختلف في هذا قولُ مالك ، وبه مضى الأمر عندهم في المكاتب أنْ لا يبعض ، وإنما يجوز بيعه كله وبيعه كله فيه مغمز ، وإنما يجوز إتباعـاً لمالك فكيف يجوز بيعُ بعضه ؟ فهذا من قول ابن القاسم خلافُ قوله من سماع أصبغ عنه ، وخلافُ قول سحنون وأصبغ ها هنا مثلُ قول مالك في هذه الرواية ومثلُ ما وقع له أيضاً في سماع يحيى وفي سماع سحنون .

فيتحصلُ في المسألة ثلاثةُ أقوال **احدها** أنه لا يجوز بيعُ جزء من الكتابة كلها لرجل واحد فباع بعضَها أو كانت بينَ رجلين فباع احدُهما حصتَه منها ، وهو قولُ مالك في هذه الرواية ، وما وقع من قوله في سماع يحيى وسماع سحنون ، لأنه إذا لم يجزِ لأحد الشريكين بيع نصيبه فأحْرى أن لَا يجيز للذي له الكتابة كلها بيعُ بعضها ، وقول ابن القاسم في العشرة أيضاً **والثاني** أن ذلك جائزٌ في الوجهين جميعاً ، وهو قول سحنون وأصبغ ها هنا ، وقولُ ابنِ القاسم في سماع أصبغ بعد هذا ، لأنهم إذا أجازوا للرجل الواحد أنْ يبيع بعضَ كتابته أو نجماً غيرَ مُعَيَّن منها فأحْرى أن يُجيزوا لِأحد الشريكين في الكتابة بيعَ حصته

منها ، **والثالث** الفرقُ بين الوجهين ، وهو قولُ مالك في موطإه ، لِأنه أجاز فيه لأحد الشريكين في الكتابة بيعَ نصيبه منها ، ولم يختلف قولُهُ في أنه لا يجوز إذا كانت الكتابةُ لرجلٍ واحدٍ أن يبيع جزءاً منها ، وإنما يجوز لأحد الشريكين في الكتابة بيعُ حصته منها على مذهب من يجيز ذلك إذا باع حصتَه من أجنبي ، فأما إن باعها من المكاتبِ فلا يجوز ، لأن ذلك كالقطاعة ، ولا يجوز لأحد الشريكين أنْ يقاطع المكاتب على نصيبه من الكتابة دون إذن شريكه ، قال ذلك ابنُ الماجشون في كتاب ابن المواز ، وقاله محمد ابنُ المواز أيضاً ، وهو قائم من قول مالك في موطإه ، لأنه قال فيه : إنه إذا باعَ أحدُ الشريكين في الكتابة نصيبَهُ في الكتابة لم يكن للمكاتب في ذلك شفعة ، لأنه يصير بمنزلة القطاعة ، وليست له بذلك حرمة .

قال : وأما إذا بيعت الكتابةُ كلُّها فأحسنُ ما سمعتُ أنه أَحَقُّ باشتراء كتابته ممن اشتراها إذا قَوِيَ أن يؤدي إلى سيده الثمنَ الذي باعه به نقداً ، وذلك أَنَّ اشتراءَه نَفْسَهُ عَتَاقَةٌ ، ومعنى ذلك عندي أنه أَحَقُّ بها بما يعطي فيها ما لم ينفذ البيعُ فيها على ما قاله في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كتاب العتق في الرجل تكون تحتَه المرأةُ ثلثُها حر وثلثاها رقيقٌ ، وله منها ولدٌ أنه أحقُّ بهم بالثمن الذي أعطى سيدهم به إن أراد بيعهم ، ومثله أيضاً لمالك في رسم نقدها من سماع عيسى من كتاب النكاح ، وسيأتي في سماع أشهب بعدَ هذا ما ظاهره أَنَّ المكاتب أَحَقُّ بكتابته إذا بِيعت بعدَ نفوذ البيع فيها مثلُ ما حكي ابنُ حبيب عنه من رواية مطرف وعن ابن الماجشون وأشهب وابنِ عبد الحكم وأصبغ خلافُ ما حكي عن مالك من رواية ابن القاسم عنه من أنه كان يرى ذلك حسناً ولا يرى القضاءَ به ، وقال ابو بكر الأَبْهَرِي : إنما كره لِأحد الشريكين في الكتابة بيع حصته منها لِأن ذلك بمنزلة مقاطعته على مال يأخذه دون شريكه ، وذلك غيرُ جائزٍ ، ووجهُ إجازته أنه إذا جازَ بيعُ كتابتِهِ كلها حَالَّةً بِيعَ بعضُهَا كَرَقَبَةِ العبد يجوز بيعَ جميعها وبيعُ بعضها وبالله التوفيق .

من سماع أشهبَ وابنِ نافع من مالك

قال أشهب سمِعتُ مالكاً سُئِلَ عن مكاتب قاطع سيده فيما بقي عليه من كتابته بِعَبْدٍ دَفَعَهُ إليه فاعترفَ في يديه بسرقةٍ فأخذ منه ، قال : يرجع على المكاتب بقيمة ما أُخِذَ منه ما كان ، وكذلك المكاتبُ يقاطعه سيدُهُ بِحَلْيٍ استرفَعَه أو ثيابٍ استُودِعَها ثم يعترف ذلك في يدي سيده فيؤخذ منه ، أيعتق المكاتبُ هكذا بباطل ؟ لا يؤخذ الحقُّ بالباطِل !!!

قال محمد بن رشد : قال في الذي قاطع سيدَه فيما بقي عليه من كتابته بِعَبْدٍ دَفَعَهُ إليه فاعترف في يديه بسرقة فأخذ منه : إنه يرجع على المكاتب بقيمة ما أخذ منه ما كان ، يريد فإن لم يكن له مالٌ اتبع به ديناً ولم يرد إلى الكتابةِ ، لأن حريتَه قد تمت بالقطاعة ، قاله أشهبُ في المدونة ، وهو يحمل على التفسير لروايته عن مالك هذه ، وفي المدونة وهو أحدُ قولَيْ ابن القاسم في المدونة ، وقد قيل إنه إنْ لم يكن له مالٌ رد مكاتباً كما كان حتى يُؤَدي القيمة ، وهو قولُ ابن نافع في المدونة ، وقيل إنه إذا استحق العبدُ من يده رجع مكاتباً كما كان حتى يؤدي قيمتَه ، وهو أَحَدُ قولي ابن القاسم في المدونة ، قاله في المكاتب يؤدي كتابتَه إلى سيده من أموال غُرَمَائِه فيأخذون ذلك منه ، ولا فرق بين المسألتين ، لأن له شبهة فيما بيديه من أموال غرمائه .

فيتحصلُ في المكاتب يقاطع سيدَه من كتابته على شيء بعينِه له فيه شُبهةُ المالكِ فيُسْتَحق مِنْ يد سيده ثلاثة أقوال أحدها أنه يرجع في الكتابة حتى يؤدي إلى سيده قيمة ذلك ملياً كله أو معدماً ، وهو الذي يأتي على قول ابن القاسم في المدونة في الذي يؤدي كتابتَه إلى سيده مما بيده من أموال

غرمائه ، **والثاني** أنه لا يرجع في الكتابة إلا أن يكون مُعدماً ، وهو قولُ ابن نافع في المدونة ، **والثالث** أنه لا يرجِعُ في الكتابة ملياً كان أو معدماً ، ويتبع بذلك إن كان معدماً في ذمته ، وهو حر بالقطاعة ، وهو قولُ أشهب في المدونة مفسراً لروايته هذه عن مالك .

واختلفَ قولُ ابن القاسم إذا قاطعَ عبدَه القِنَّ على عبد بعينه فاستحق من يده ، فمرة قال إنه كـالمكاتب يرجع عليه بقيمته ، ومرة قال إنه لا يرجع عليه بشيء لأن ذلك كالانتزاع إذا كان بعينه ، حكي القولين عنه ابنُ المواز ، ولا اختلاف إذا قاطع سيده على عبدٍ موصوفٍ فاستُحق من يده أنه يرجع عليه بقيمته ولا يُرد في الكتابة .

وأما إذا قاطع سيده على شيءٍ بعينه لا شبهة له في ملكه اعترفه مولاه كالحلي يسترفعه أو الثياب يستودعها وما أشبه ذلك ، فلا اختلاف في أن ذلك لا يجوز له ، ويرجع في الكتابة على ما كان عليه حتى يؤدي قيمة ما قطع به .

قولُه في هذه الرواية وكذلك المكاتب يُقاطع سيدَه بحلي استرفعه أو ثياب استودعها ليس يريد أن ذلك مثل المسألة التي تقدمت في جميع الوجوه ، وإنما يريد أنها مثلُها عنده في أن للسيد الرجوعَ عليه وإن افترق الحكم في ذلك ، لأنه لا يرجع إلى الرق في المسألة الأولى ، على قوله ، ويرجع إليه في الثانية ، فهذا تحصيلُ القول في هذه المسألة ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن المكاتب يشتري أخاه أيدخل معه في الكتابة ؟ فقال ما سمعت ذلك ، فقيل له : لا يدخل معه إلاَّ الولد ؟ فقال : برأسه نعم .

قال محمد بن رشد : هذا خلاف مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة ، لأنه قال فيها : إن كان مَنْ يُعتق على الرجل إذَا ملكه

يدخل في كتابة المكاتب إذا اشتراهم بإذن سيده أو وُهِبُوا له فقبلهم بإذنه ، وقال ابن نافع وغيره لا يدخل في كتابته إلا الإبن خاصة إذا اشتراه بإذن سيده لِأنَّ له أن يستحدثه .

فهي ثلاثة أقوال في المسألة لكل قولٍ منها وجهٌ **فوجه القول الأول** أنه لما كان إذن السيد لمكاتبه في أن يشتري من يُعْتَقُ عليه إذْناً له منه له في أن يُدخله معه في الكتابة ، إذْ لا وجه في إذنه له في شرائه إلا ذلك ، إذ لو أراد أنْ يمنعه من شرائه على أنْ لا يدخله معه في كتابته لم يكن ذلك له ، إذْ لا ضرر عليه في ذلك لأنه يبيعهم إنْ خَشِـيَ العجزَ ويُعتقون بعتقه إن أدوا لِمَا أذنه له في شرائهم على أَنْ يدخلوا معه في كتابته قد يؤدي إلى عجزه ، لِأن أثمانهم التي اشتراهم بها كان يَتَقَوَّى بها على سِعايته لم يَرَ أن يدخل في كتابته إِذَا اشتراهم بإذنه إلا الولد والأب الذي اتفق أهلُ العلم أنهم يعتقون على من ملكهم **ووجه القول الثاني** وهو مثل قول ابن القاسم وروايته عن مالك في أنه يدخل في كتابةِ المكاتب كلُّ من يعتق عليه إذا اشتراهم بإذن السيد .

فقولُه إذا اشتراهم بإذنه على أَنْ يُدخلهم في كتابته فكأنه قد كاتبهم معه ولا يراعي ما يخشى من أن يؤدي ذلك إلى عجزه فِيمَن يُعتق عليه مما سوى الأَبَوَيْنِ والولد كما لا يراعي ذلك في الأبوين والولد ، وهذا القولُ هو القياس على المذهب ، لأن مراعاة الخلافِ إنما هو استحسان ، **ووجه القول الثالث** وهو قولُ ابن نافع أنه لَا يدخل في كتابته إذا اشتراه بإذن السيد إلَّا الابنُ وَحْدهُ .

مسألـة

وسئل عن المكاتب إذا باع سيده كتابته أهو أولى بذلك ؟ قال هو أولى بكتابته إذا كان ما اشترى منها يعتق به ، وإن كان لا يعتق به فليس ذلك له .

قال محمد بن رشد : ظاهر هذه الرواية عن مالك أن المكاتب أحقُّ بكتابته إذا بيعت بعد نفوذ البيع فيها كالشفعة مثلُ ما في كتاب المكاتب من المدونة لعمر ابن عبد العزيز وعطاء وسعيد ابن المسيب ، ومثلُ ما في كتاب أمهات الأولاد من المدونة في باب الرجل يطأ أمةَ مكاتبه فتحمل لغير ابن القاسم ، ومثلُ ما حكي ابن حبيب عن مالك من رواية مطرف في أن الشفعة واجبة في الكتابة والدين خلافُ ما حكي عن مالك من رواية ابن القاسم عنه من أنه لا يرى القضاءَ بذلك ، وهو مذهبُه في المدونة لأنه قال فيها : ولا شفعةَ في دينٍ ولا حيوانٍ ، فيحتمل أن تتأول هذه الرواية على ذلك بأن يقال معناها أنه يريد أنه أولى بكتابته إذا أراد سيدُه بيعها يأخذُها بما يُعْطَى فيها ما لم ينفذ البيع ، فإن نفذ البيعُ فيها لم يكن له من الحق أنْ يأخذها من المبتاع كالشفعة إذ لا شُفعة على مذهب ابن القاسم وروايتِه عن مالك في المدونة في شيء من الديون ولا العروض بعد نفوذ البيع فيها .

وأما إذا كان الذي بيع من كتابته حظُّ أحدِ الشريكين فليس هو أولى بذلك لِوجهين : **أحدهما** أن ذلك كالقطاعة لا تجوز إلا بإذن الشريك الآخر **والثاني** أنه لا حرمة له بذلك ، قال ذلك في الموطأ وقد تقدم ذكره في سماع رسمِ نَذَرَ من سماع ابن القاسم .

مسألـــة

وسمعتُه يُسأل عمن كاتب عبدَه واشترط أن ما وُلِد له من وُلْدٍ فهم عبيد ، فقال : لا يجوز هذا الشرط قد كَاتَبَ المسلمون .

قلت : أفتمضي الكتابة ؟ قال : لا بل تُفسخ الكتابة .

قيل له : أرأيت إذا قال السيد أنا أَضَعُ عَنْكَ ما اشترطتُ عليك من رق ولدك وأُثْبتُ على كتابتك ؟ قال : إذاً يكون ذلك له .

قال محمد بن رشد : قوله إن الكتابة تُفسخ بهذا الشرط إلاّ أن يشاء السيد وضعَه فيجوز خِلافُ مذهبه في المدونة من أنّ الشرطَ باطلٌ والكتابةَ جائزةٌ في هذا وفي اشتراط جنين المكاتبة في كتابتها أوْ وطئِها طول كتابتها، وكذلك يأتي في هاتين المسألتين على رواية أشهب هذه الكتابة تفسخ إلاّ أن يرضى السيدُ بترك الشرط ، وقد وقع ذلك من قول أشهب وروايته عن مالك في النوادر منصوصاً عليه فيهما ، وإنما يُخير السيدُ في ذلك على هذه الرواية ما لم تفت الكتابةُ باستيفاء جميعها وإن لم يبق منها إلاّ درهم واحدٌ وأمّا إذا فات باستيفاء جميعها فيبطل الشرط ويدخل الولد في الكتابة ، وقال محمد ابنُ المواز من رأيِهِ : إنما يخير السيد في ذلك ما لم يقبض من الكتابة شيئاً وأما إذا قبض منها ولو نجماً واحداً فيسقط الشرطُ وتمضي الكتابةُ .

وكذلك يأتي على القياس قولُ مالك في هذه الرواية إذا اشترط على المكاتب أن لا يخرج من خدمته حتى يؤدي أن يكون السيدُ بالخيار بين أن يترك الشرطَ ويفسخ الكتابة ، وقد قيل إنّ اشتراط وَطْءِ المُكاتبة بخلاف هذه الشروط ، لِأنه شرطٌ حرامٌ فيبطل وتجوز الكتابة ، وهو مذهب ابن القاسم على ما روي عنه. أصبغُ في سماعه بعدَ هذا أن اشتراط السيد على مكاتبه أَنْ لا يخرج من خدمته حتى يؤدي يلزم وتجوز الكتابة بخلاف هذه الشروط ، وأصبغُ يساوي بين هذه الشروط كلها ويرى الحكمَ فيها أَنْ تبطل الشروط وتجوز الكتابة .

فالشروط تنقسم على مذهب ابن القاسم وروايتِه عن مالِك قسمان أحدهما شرطٌ حرام كاشتراط الوطيء على المكاتبة في كتابتها ، وشرط فيه غَرَرٌ كاشتراط كونِ جنين المكاتبةِ عبداً وكون ما وُلد للمكاتب من أمتِه عبداً وما أشبه ذلك ، فهذا القسمُ الحكمُ فيه عنده أن يبطل الشرط وتجوز الكتابة ، والقسم الثاني أن يكون الشرطُ لا حرام فيه ولا غرر إلاّ أنه مخالفٌ لما مضى من سنة الكتابة ، مثلُ أن يشترط عليه أَنْ لا يخرج من خدمته وما أشبه ذلك

فهذا يلزم فيه عنده الشرط ، وتجوز الكتابة ، وفي سماع عبد المالك ابن الحسن عن ابن وهب من كتاب الصدقات والهبات في هذا الشرط أن الكتابة مُنْفسخة ، وإذا قال ذلك في هذا الشرطِ الذي لا حرام فيه ولا غرر فأحرى أن يقوله فيما سواه من الشروط التي لاَ تجوز لِحِرمتها أو لغررها .

ويتحصل على هذا في جملة المسألة خمسة أقوال **أحدها** أن الشروط التي لا تجوز كلها سواء والحكم فيها أن تفسخ الكتابةُ بها إلاّ أن يرضى السيد بترك الشرط فيجوز الكتابة ، وهو قول مالك في هذه الرواية ، **والقول الثاني** أنها كلّها سواء والحكم فيها أَنْ تبطل الشروطُ وتجوز الكتابة ، وهو قولُ أصبغ **والقول الثالث** أنها كلها سواءٌ والحكمُ فيها أن تبطل الكتابة بها ، وهو الذي يأتي على قول ابن وهب في سماع عبد المالك من كتاب الصدقات والهبات **والقول الرابع** تفرقةُ ابن القاسم التي ذكرناها بين الشرط الحرام والغرر ، وبين الشرط الذي لا حرام فيه ولا غرَرَ إلاّ أنه مخالفٌ لما مضى من سنة الكتابة ، **والقول الخامس** الفرقُ بين الشرط الحرام والشرط الغرر والذي هو مخالف لما مضى عليه العمل في الكتابة ، فيبطل الشرط الحرام وتجوز الكتابة ، وتفسخ الكتابةُ فيما سوى ذلك من الشروط إلاّ أن يرضى السيدُ بتركها ، وهذا القولُ هو تأويل بعض أهل النظر على رواية أشهب عن مالك هذه ، ولو اشترط المكاتبُ على سيده في كتابته إيّاهُ أن يدخل فيها ما يُولد له من زوجةٍ له أمةٍ لسيده لَجَازَ ذلك باتفاق ، وابنُ الماجشون يقول في شرط السيد على مكاتبه في كتابته إياه أَنْ لا يخرج من عمله أنه يجعلُ له أياماً من الجُمعة يسعى فيها لنفسه على ما يؤدي إليه الاجتهاد ولا تفسخ الكتابة ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل وأنا أسمع عَمن كاتب عبداً له واشترط عليه خدمةً أو سفراً أو ضحية ثم جاء العبدُ بكتابته كلها فقال يوضع عنه كل ما كان

من شرطٍ في حَسْرِ العبدِ من خدمةٍ أو سفرٍ أو غير ذلك وكل ما كان مثل الرقيق والكسوة والضحية فإنه يُقوَّم ذلك عليه فيغرم قيمتَه مع كتابته .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إنه إذا كاتبه واشترط عليه خدمةً أو سفراً في كتابته مثلُ أن يكاتبه بكتابة منجمةٍ أو غير منجمة إلى خمسة أعوام أو ستة ويشترط عليه خدمة أيامٍ من كل جمعة وضحيةً وكسوةً كلّ سنة إنه إنْ عجل الكتابةَ سقط عنه كلُّ ما كان في بدنِه من خدمةٍ وسفرٍ إذْ لَا تتم عتاقة أحدٍ وعليه بقية من رق ، ولم يسقط عنه ما كان في ماله من ضحيةٍ وكسوة ، فلا يعتق حتى يؤدي قيمة ذلك حالاً في كتابته ، وأصل ذلك أنّ ما كان يسقط عنه بالمرض يسقط عنه بتعجيل الأداء وهو ما كان في يديه ، وما لا يسقط عنه بالمرض لا يسقط عنه بتعجيل الأداء .

وكذلك لو اشترط عليه خدمةً أو سفراً بعد أداء كتابته أو ضحية في كل سنة طولَ حياته لسقطت عنه الخدمة والسفر بأداء الكتابة ولم تسقط عنه الضحية التي شرط عليه في كل سنة طول حياته وكان الحكمُ في ذلك أن يعمر ثم يُنظر إلى قيمة عدد الضحايا في تعميره ، فيقال له : أدِّ قيمتَها الساعةَ وأنت حر ، وإن لم يكن له مال لم يعتق حتى يؤدي قيمتها سَاعَتَئِذٍ وليس إلى أجلها ، قال ذلك ابنُ القاسم في كتاب ابن حبيب ، ورواه عن مالك .

وإنما تسقط عنه الخدمةُ بأداء الكتابة إذا كانت الخدمةُ مشترطة في الكتابة وكان إنما يعتق بأداء الكتابة ، مثالُ ذلك أن يقول له كاتبتك على أن تؤدي إلي كذا وكذا وأنت حر على أن تخدُمني في كل شهر كذا وكذا وما أشبه ذلك ، وأما إن كانت الكتابةُ مشترطة في الخدمة وكان إنما يعتق بتمام الخدمة فلا تسقط عنه الخدمة بأدَاءِ الكتابة ، مثال ذلك أن يقول له أكاتبك على أن تخدمني كذا وكذا ثم أنت حُرٌّ على أن تؤدي إلي فيها كذا وكذا ، فهذا إن أدى المالَ قبلَ تمام أمد الخدمة لم يعتق إلاّ بانقضاء أَمَدِ الخدمة ، وإن انقضى أمد

الخدمة قبل أن تؤدي المال أعتق في أمد الخدمة وكان ما بقي من المال المشترط عليه بعد انقضاء أمد الخدمة ديناً عليه يؤديه وهو حر ، إذ قد بُتِّلَتْ حريتُه بانقضاء أمد الخدمة ، هذا معنى ما حكاه ابنُ حبيب في الواضحة عن أصبغ فيما سأله عنه من تفسير قول مالك ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسمعته يقول كاتب سلمانُ الفارسي أهله على مائة ودية يجيبها[5] لهم فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم إذَا غَرَسْتَهَا فَأْذِنِّي ، فلما غَرَسَهَا أذِن رسول الله فَدَعَا لَهُ رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها فلم تمت منها وَدِيَةٌ واحدة .

قال محمد بن رشد : في هذا الحديث إجازة الكتابة على هذا النحو من الغرر في حق المكاتب ، لأنه لا يدري إذا اغترس من النخل هل يحيى أم لا ؟ ففيه حجةٌ على ما أجازوه من الكتابة على عبد فلان وهو لا يدري هل يقدر على أن يتخلصه من صاحبه أم لا من أجل أنه عبده يجوز له فيما بينه وبينه من الغرر ما لا يجوز له فيما بينه وبين غيره ، والكتابة على هذا من ناحية الجعل الذي أجازه أهل العلم لِمَا شهد بجوازه من صحيح الآثار مع ما دَلَّ عليه من حكم القرآن في قوله تعالى : ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾[6] فالكتابة على إحياء عدد من الغرس أو على عبد فلان يشبه قولَ الرجل لعبده إن جئتني بعبدِي الآبق أو بجملي الشارد فأنْتَ حُرٌّ فالقياس على هذا إن لم يقدر على إحياء الغرس أو تخلص العبد إلى الأجل الذي يضرب له في ذلك أَنْ يرجع في الرق ، وقد قال سحنون إنه إن لَمْ يقدر عليه كانت عليه قيمتُه ، وقاله أيضاً محمد ابن المواز ، وليس ذلك على الأصول ، وبالله التوفيق .

---

(٥) كذا بالأصل وبنسخة ق٣ : «يجيبها لهم» ، ولعل صوابه يحييها بالمهملة .

(٦) الآية ٧٢ من سورة يوسف .

مسألــة

قال وسمعتُه يقول : أتى إلى سعيد بن المسيب مكاتبٌ له، فقال له إيذَن لي أن أخرج إلى مكان كذا وكذا ، فقال له سعيد : [لا] فانصرفَ عنه المكاتب فأصلح شأنه وأراد الخروجَ فأُتِي إلى سعيد ابن المسيب فقيل له إنّ مكاتبكَ يخرج ، فقال : موعده يوم القيامة ، فقال مالك يُوقِنُ بيوم الحساب ويعلم أن الناس سيُوَفّوْنَ حقوقهم .

قال محمد بن رشد : هذا من قول سعيد ابن المسيب مذهب مالك ، ونصه في موطإه وفي المدونة وغيرها أن المكاتب ليس له أن ينكح وَلاَ يُسافرَ إلاّ بإذن سيده، اشترط ذلك عليه أو لم يشترطه إذ قد يُجْحِفُ النكاح بماله فيعــجـز فيرجـع رقيقاً إلى سيده لا مال له ، وقد تحل نجومه وهو غائب عن سيده فليس على ذلك كاتبه وبالله التوفيق .

من سماع عيسى ابن دينار

من ابن القاسم من كتابِ نقدَها نقدَها

قال عيسى سئل ابن القاسم عمن كاتبَ عبدَه فأوصى لرجل عند موته بربعه ، وأعتق ربعَه ثم هلك العبد بعد ذلك وترك مالاً أو عجز .

قال : إن عجز فللذي أوصى له بربعه ربعُ الخدمة وهو ربع الرقبة ، وللورثة نصفُها وربعُ العبد حر .

فإن مات وترك مالاً استوفى الذي أوصى له بالكتابة وللورثة ما

بقي لهم عليـه من الكتابة وهي ثلاثةُ أرباع الكتابة للذي أوصى له بربع الكتابة ربع الكتابة ، وللورثة الربعان ، فإن فضل فضلة كان للموصي له بالربع الثلثُ وللورثة الثلثان لِأنه إنما وُرِثَ بالرق .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأن من اشترى كتابةَ مكاتب أَوْ وهبت له أو أُوصِيَ له بها يحل محل السيد في أنّ له رقبته إن عجز وميراثه إن مات ، وكذلك فيما اشترى منها له إن اشترى البعضَ منها أو وُهب له أو أُوصى له به لأن معنى قوله أو أوصى له بربعه أو أوصى له بربع كتابته ، لأن الكتابةَ هي التي يملك منه ، وأما إذا أعتق السيد بعض مكاتبه أو حظه منه إن كان له فيه شريكٌ أو وضع له بعض ماله عليه من الكتابة أو حظه منها إن كان له فيه شريك فذلك بخلاف إذا أوصى بذلك هو في الحياة وضع لا عتق وفي الوصية بعد الموت عتق من الثلث ، هذا قولُه في المدونة وغيرها ، فوجب إذا أوصى رجلٌ عند موته لرجل بربع كتابة مكاتبه وأعتق ربعه ثم مات أن يعتق منه الربع في ثلثه وأن يحل الموصي له بربعه محل الموصِي ، فيكون شريكاً للورثة في رقبته إن عجز بالربع وللورثة الربعان ، ويكون ربعُ العَبد حراً .

وإن مات وترك مالاً استوفى الذي أوصيَ له بالكتابة والورثة ما بقي لهم عليه من الكتابة ، وهي ثلاثة أرباعها إذْ قد أُعتق الربع منه بالوصية ثم كل ما بقي ميراثاً بين من له فيه الرق على قدر ما لهم فيه من الرق ، للموصي له بربع رقبته الثلثُ وللورثة الثلثان على ما قال ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وعن رجل كاتب عبدين له فمات أحدهما وترك أُمّ ولد وولداً له منها ، والعبدُ الباقي له مالٌ كثير أو لاَ مال له ، فما حالُ أُمّ الولد ؟

قال إذا لم يكن للعبد الباقي مالٌ ولم يكن لها ولدٌ بيعت ، فإن كان في ثمنها وفاءٌ لِلكتابة عتق العبدُ الباقي واتبعه السيد بالذي كان

يصيبه من الكتابة ، وإن كان لها ولد ولم يَقْوُوا وُقِفَت هي وولدها ، فإن أَدَّى العبدُ الباقي جميعَ الكتابة عتق وعتقوا واتبعهم بما أدى عنهم مما كان يصيبهم من الكتابة ، وإن عجزَ هو وهم رَجَعُوا رقيقاً لسيدهم .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن حرمة أم الولد المكاتب إنما هي لسيدها ولولده منها أو من غيرها، فإذا مات أَحَدُ المكاتبين في كتابةٍ واحدةٍ وترك أَمَّ ولده ولم يكن له ولدٌ منها ولا من غيرها لم تكن لهم حُرمة ، وكانت كسائر أموال المتوفى يُؤدي منه الكتابة ، فإن كان فيها وفاء بها عتق العبد الباقي واتبعه السيدُ بالذي يصيبه من الكتابة كما كان يتبعه المتوفي لو أدى هو جميعَ الكتابة ، لأن المكاتبين معا في كتابة واحدة كُلُّ واحدٍ منهما حميلٌ عن صاحبه بما ينوبه منها يتبعه بما أَدَّى عنه منها إذَا لم يكن بينهما رَحِمٌ يوجب عتقَ كلِّ واحد منهما على صاحبه إذا ملكه ، لأن مالَ المتوفي منهما قد صار إلى السيد فوجب إذا أعتق فيه الباقي أَنْ يرجِع السيدُ عليه بما كان يرجع به عليه لو أدى عنه في حياته .

وإن لم يكن له فيها وفاء بالكتابة قبض السيدُ ثمنَها من الكتابة، فإذا أدى الباقي بقية الكتابة عتق ونظر إلى ثمنها ، فإن كان أكثرَ مما يجب على الميت من الكتابة اتبعه السيدُ بنصف ذلك .

وأما إن كان لها ولد فلا تباع إلا أن يعجز ولدها والمكاتب الباقي عن الكتابة ، فإن لم يعجزوا وأدّى المكاتبُ الباقي جميعَ الكتابة عَتَقَ وعتقُوا واتبعهم بما أدى عنهم مما كان يصيبهم من الكتابة كما قال ، وذلك نصف ما أدى إن كان أدى جميعَ الكتابة ، وكانت حالُه مع صاحبه المتوفى متساوية في القيمة والقدرة على أداء الكتابة وبالله التوفيق .

من كتاب استئذن سيده

قال عيسى : وسألت ابنَ القاسم عن الرجل يبيع مكاتبَه فيُعتقه الذي اشتراه ، قال أن أعتقه جاز عتقُه ، وإن لم يُعتقه رُدَّ إلى الذي كاتبه ورد الثمن ، وإن مات عند المبتاع قبل أَنْ يعتقه أو أعتقه فقد ضمنه المبتاع ، وليس على البائع أن يرد شيئاً من الثمن ولا أن يُخرج منه شيئاً فيجعَله في رقبته مثل ما يفعل في المدبر إذا باعه فَفَات بموتٍ .

قال محمد بن رشد : قولُه إنه إن أعتقه المشتري جازَ عتقُه ولم يُرد ، يريد إذا كان المكاتَب قد علم بالبيع على ما قاله في المدونة من أنَّ ذلك عنده رضي بفسخ الكتابة ، وهو مثلُ قول أشهب فيها إن يعتق يُرَد إذا كان المكاتب لم يعلم بالبيع ، وهذا إذا لم يكن للمكاتب أموالٌ ظاهرةٌ لأنه إنما يكونُ لَهُ أَنْ يُعَجِّزَ نفسَه إذا لم تكن له أموالٌ ظاهرةٌ ، وقد قال بعضُ الرواة في المدونة : وهو قولُ ابنِ نافع في سماع محمد ابنِ خالد في كتاب الولاء إنَّ العتقَ يُرَد على كل حال ، هذا الذي أقول به في تأويل ما وقع في المدونة في هذه المسألة ، فعلى هذا الإختلاف في أنَّ العتق يُرَدُّ إذا كانت له أموالٌ ظاهرةٌ عِلم المكاتبُ بالبيع أو لم يعلم به ، إذْ ليس له أن يُعَجِّزَ نفسه إذا كانت له أموالٌ ظاهرة ، وقد كان من أدركنا من الشيوخ يحمِلون الرواياتِ على ظاهرها من غير تفصيل ، فيقولون فيهَا إنها ثلاثةُ أقوال ، يرد العتق ، ولا يرد ، والفرقُ بين أن يعلم المكاتبُ أو لا يعلم .

وأما إذا أعتق على البائع قبل أن يَفُوتَ بالعتق فلا اختلاف في وجوب رده .

وقوله في هذه الرواية إنه إن أعتقه المبتاعُ أو مات عنده فليس على البائع

أن يرد شيئاً من الثمن ، فمعناه إذا كان المبتاعُ قد علِمَ أنه مكاتب ، وأمَّا إن كان البائعُ دَلَّسَ له بذلك فله أن يرجع عليه بقيمة عيب الكتابة من الثمن على ما قاله في سماع يحيى بن خالد من كتاب الولاء في المدبر ، وهو مذهبُه في المدونة .

وأما قوله إنه ليس على البائع أن يُخرج من الثمن شيئاً فيجعله في رقبته كما يفعل في المدبر إذا فات بموتٍ فالفرق عنده بين المكاتب والمدبر في هذا والله أعلم أَنَّ التدبيرَ أَلْزَمُ من الكتابة إذ قد يقدر المكاتبُ وإن كان له مال أن يذهب ماله ويعجز نفسه ولا يقدر المدبرُ على أن يُبطِل عَقْدَ التدبير فيه ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب العرية

قال عيسى وسألتُه عن رجل وطِىءَ مكاتبَةَ مكاتَبِه فحملت .

قال : يُدْرَأُ عنه الحد ويَلْحَقُ به الولدُ ، وتُخَيَّر الأمةُ في أن تمضي على الكتابة وفي أن تكون أُمَّ ولدِه ، فإن أحبت أن تكون أمَّ ولده قومت عليه وغَرِمَ قيمتَها للمكاتب نقداً ، ولم يكن له أَنْ يقول أحاسبك بقيمتها من كتابتك إلاَّ أَنْ يشاءَ المكاتبُ لأنَّ الأمةَ مال من مال المكاتب يتقوى به على كتابته ، ليس للسيـد أن يَتَعَجَّل شيئاً لم يحل له بعد ، وإن اختارتْ الكتابةَ قيل للسيد الواطِىءِ أخرجْ قيمتها فإن أدَّت كتابتَها عتقت ورجعت القيمةُ الى الذي أَخرَجَهَا وهو الواطِىء ، وإن عجزت كانت القيمةُ لسيدهَا المكاتَب ، وكانت أُمَّ ولد للواطىء ، ولم يكن له عليه في ولده شيء ، وإن ماتت قبلَ أَنْ يُؤَدِيَ أخـذ من القيمة التي وُقفت قيمةُ الولد فتدفع إلى المكاتب ،

ورجع ما فضل من القيمة التي وقفت عن قيمة الولد إلى الواطىء لأنه يقول لا تَذْهَبُ قيمةُ ولد مكاتبي باطلاً إذْ لم يُؤد ما كان لي عليها ، فتعتق فتحُوز ولدَها أو تعجز فيكون لي قيمتها على سيدي الذي وطئها فإذَا فاتت بموتٍ فلي قيمة ولدها فذلك له ويدفع اليه .

قال محمد بن رشد : الأصل في هذه المسألة قولُ مالكٍ ومن تابعه : إن الحُكم فيمن وطِىء مكاتبتَه فحملت أَنْ تُخَيَّرَ بين أَنْ تقيم على كتابتها وبين أن تكون أمَّ ولد له، فوجب على قياس ذلك إذا وطىء مكاتَبَةَ مكاتَبه فحملت ما قاله من أَنْ تخير ، فإن أحبت أن تكون أمَّ ولدٍ له قُوِّمَتْ ـ فغرِم قيمتَها للمكاتب نظراً .

وأما قولُه ولم يكن له أن يقول أحاسبُك بقيمتها من كتابتك إلاَّ أن يشاءَ المكاتبُ فهو الصحيح في النظر للمعنى الذي ذكره فيه ، وفيه اختلافٌ في كتابِ ابنِ المواز لابن القاسم فيمن وطِىء أمةَ مكاتبه فحملت أن القيمة تلزمه ويعتق فيها المكاتب ، ويتبع سيده بفضل ما بقي ، وهي له أمُّ ولد ، وعَابَ ذلك محمدُ فقال : هذا ظلم للمكاتب أَنْ يتعجل السيدُ الكتابة في القيمة التي لزمته ، بل يأخذ القيمةَ ويؤدي النجوم على حالها ، فإن لم يكن للسيد شيء بِيعت الكتـابةُ عليـه في القيمة أعنِي كتـابة مكـاتبه ، قـال أحمـد ابن ميسر : ويكون أَوْلَى بما بِيع من ذلك، ولابن القاسم في كتاب أمهات الأولاد وقال غيرُه هنالك: ليس ذلك للسيد وان كان معدماً،وتباع الكتابة على السيد فيما لزمه من القيمة ، ويبقى المكاتبُ على كتابتِه إلاَّ أن يشاء أَنْ يكون أولى بما بِيع من كتابته لتعجيل العتق ، مثلُ قول أحمد ابن ميسر ، فإن قَصُرَ ثَمَنُ الكتابة عن قيمة الأمة كان الباقي منها رقيقاً للمكاتَبِ إن كان ثمنُ الكتابةِ مثلَ نصف قيمة الأمة كان نصفُها بحساب أم ولدٍ للسيد ونصفُها رقيقاً للمكاتب ، واتبع سيده بنصف قيمة الولد .

وقولُه إنه ليس للسيد أَنْ يقاص المكاتَب مِمَّا لَزِمه من قيمة له عليه من

الكتابة وإن كان معدماً هو الذي يوجبُه النظر ، وتفرقَةُ ابنِ القاسم في المدونة في ذلك بين اليسر والعُدْم إستحسان .

وأما قولُه في كتاب ابن المواز إنَّ له المقاصةَ في ذلك وإن كان موسراً فهو بعيد وظلم للمكاتب كما قالَه محمد ، وأما إذا اختارت الكتابة فقوله إنَّ قيمةَ الأمة يؤخذ من السيد ويوقف فإذا أدَّت كتابتَها رجعت القيمةُ اليه ، وإن عجزت كان القيمةُ للمكاتب وكانت الأمةُ أمَّ ولد للـواطىء فهو صحيحٌ لا اختلاف فيه .

وأما قولُه إنها إن ماتت قبلَ أن تُؤدي فيؤخذ من القيمة التي وقفت قيمة الولد فيُدفع الى المكاتب ، ويرجع ما بقي منه إلى الوَاطىء فليس ببَين في وجه الحكم ، وقد تكون قيمةُ الولدِ أكثرَ من القيمة التي وقفت ، لأنها إنما قُومت يومَ الحمل دون ولد ، ولابن القاسم في كتاب ابن المواز أن القيمة تكون للمكاتب إذا ماتت قبلَ الأداء كما إذا عجزت وهو صحيح في النظر ، لأنها إذا ماتت قبل أن تؤدي كتابتَها فقد ماتت في حال الرق ، لأن المكاتَب عبدٌ ما بقي عليه من كتابته شيء ، فوجب أن تكون القيمة لسيده كما لو ماتت بعد أن عجزت ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن الرجل يطأُ مكاتبة ابنه فتحمل .

قال : تُخير بين أن تُقَوَّم عليه فتكون أُمَّ ولد وتبطل الكتابة ، وبين أن تسعى في كتابتها ، فإن أدَّت عتقها وإن عجزت قومت عليه ، قيل له : فإنها اختارت أن تكون على كتابتها ؟ قال : إذاً هي اختارت أن تثبت على كتابتها قيل للولد(٧) اخْرِج الآن قيمتَها فأوقفها ،

---

(٧) كذا بالأصل ، وبنسخة ق ٣ : ولعله : قيل للواطىء .

فإن أدت كتابتَها رجعت إليكَ القيمةُ ، وإن عجزت أعطيتها ابنَك وكانت الجاريةُ أمَّ ولد لأنا نَخاف أن تعجزَ وقد فُلِّسْتَ أنتَ فيذهب حقُّ سيدِ الجارية ، قيل أرأيت اذا قوم منها عليه حين وطئها أم لا تجعل كتابتَها له تسعى فيها له ؟ فإن أدت عتقت وكان ولاؤُه للذي عقد لها الكتابةَ ، وإن عجزت كانت أمَّ ولد للذي أدى قيمتها قلت ولم إذْ رأيت لا تسعى على هذا الواطىء ولم تعجل له كتابتها لم تقومها عليه اليوم ؟ لِمَ لا تؤخر قيمتها إلى أن تعجز ؟ فإذا عجزت قومتَها عليه يومَ تعجز لأنك حين تقومها عليه اليومَ حين وطئها وتؤخرها الَى أن تعجز لعلها تعجز حين تعجز وقد ذهب بصرُها أو يداها أو رجلاها أو أصابها أمرٌ في جسدها فيصيرُ هذا يأخذُ قيمتَها اليوم صحيحةً وإنما أخذ الواطىءُ إياها الآن منقوصه الجسدِ ولعل ما دخلها من النقص قد أَدَّتْ بعد أَنْ قومت جميعُ كتابتها إلَّا ديناراً واحداً فعجزت فِي ذلك الدينار فصارت قد أَخَذَ قيمتَها صحيحةً وأخذَ جميعَ كتابتها إلَّا ديناراً واحداً فيدخل على الواطىء في هذا ضررٌ ، قال : نعم كذلك هو ، والظالمُ أحقُّ من يحمِلَ عليه .

قلتُ : وسواءٌ الذي أصابها في جسدها بعد أن قومت على هذا الواطىء أَنْ كان من السماء أو صنعه بها إنسانٌ فأخذ لذلك أرشاً ؟

قال : ليس هو سواء ، إذا كان ذلك من السماء كان كما وصفتُ لك ، وإذا أصابها بذلك إنسانٌ أخذ عقلَها ، فإن كان في عقلها ما تعتق به عتقت ورجعت القيمة الى الواطىء ، وإن كان ليس فيه ما يعتق فيه سعت فيما بقي فإن أَدَّت عتقت وإن عجزت فَضَّ واطئُها من قيمتها بما أخذ في ثمن جسدها .

قال محمد بن رشد : لسحنون في نوازله بعدَ هذا من هذا الكتاب فيمن وطىء مكاتبة ابنه فحملت أنَّه لا يجوز أَن تُخَيَّرَ بين أن تكون أُمَّ ولد للواطىء أو تبقى على كتابتها ، إذ ليس لها أن تَنْقُلَ ولاءَها عن الإبن الذي قد انعقد له إلى الأب خلافُ قول ابن القاسم في هذه الرواية إنها تخير في ذلك ، وقولُ سحنون هو الذي يأتي على قياس مذهبِ مالك في أنه لا يجوز بيعُ المكاتب ممن يعتقه من أجل نقل ولائِه إلى المشتري ، وإنما يُجيزُ ذلك إذا وقع فيمضي العتقُ إستحساناً مَخافة أَنْ يرده فتعجز عندَ البائع .

فقولُ ابنِ القاسم في هذه الرواية إنما يأتي على مذهب من يجيز ذلك إبْتِدَاءً وهو مذهب جماعة من السلف ذُكِرَ في المدونة عن يحيى ابن سعيد أنه باع مدبراً ممن أعتقه ، وأَنَّ عَمْرَو ابنَ الحارث دخل في ذلك حين اشتراه .

ولو قيل إنَّ ذلك يجوز في الذي يُخشى عليه العجزُ ولا يجوز في الذي يؤمن عليه العجزُ في ظاهر حاله ، ونُظِرَ إلى هذا في مكاتبةِ الإبن إذا وطئها الأبُ فحملت لكان قولاً وسطاً ، وإنما توقف القيمةُ على مذهب ابنِ القاسم إذا اختارت المضي على كتابتِها إذا كان الأبُ الواطىءُ مِمَّن يخشى عليه العُدم .

ولما سأله لِمَ لَمْ تكن الكتابة للأب إذا قومت عليه فيسعى فيها ، فإن أدت عتقت وكان ولاؤ ها للذي عقد لها الكتابة ، وإن عجزت كانت أم ولد للذي أدّى قيمتها ، سكت له عن الجواب في ذلك . والجواب فيه أنه لا يصح أن تكون له الكتابة على حكم من اشتراها ، إذ لم يشترها ولا تعدّى عليها فلزمته قيمتها، وإنما تعدى على الرقبة بوطئه إياها فلزمته قيمتها ، فلا يصح أن يعدى الحكم في ذلك عن الرقبة إلى الكتابة . وأما اعتراضه عليه بأن القياس كان أن يكون التقويم فيها إذا اختارت المضي على كتابتها يوم عجزت حتى يقضي له بها ، فقد سلمه ، إلا أنه قال إن الظالم أحق أن يُحمل عليه ، فلا وجه للقول فيه . وتفرقته على أصله في وجوب التقويم

يوم الحمل بين أن تكون الجناية عليها من أمر من السماء أو من جناية أحدٍ صحيحةً ، إذ لا يصح أن يأخذ من الجاني عليه قيمة الجناية عليها ومن الواطىء لها جميع قيمتها ، فيكون قد أخذ قيمتها مرتين ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب يُدير ماله

وسألته عن المكاتب يبتاع من بعض من يعتق على سيده إذا ملكه ، أيعتق عليه ؟ قال لا ، ويبيع ويصنع ما شاء ويطؤُهنَّ إن كنَّ نساءً وإن كانت أم سيده أو أخته ، لأنه ليس لسيده أن ينتزع ماله ، ولأن بعض الناس قد قال في العبد إنه يملك من قرابة سيده مَن يعتق على سيده إذا ملكهم ، ولا يعتقون ، ويطؤُهنَّ إن كنَّ نساء . واحتجوا في ذلك بأنهن مال للعبد حتى ينتزعه السيد ، ولأنه ليس على السيد في مال عبده زكاة ، فكيف المكاتب ؟ إلَّا أن هذا القول عندنا في العبد ليس بشيء . قال مالك : إذا مَلَكَ العبدُ مَن لو ملكه سيده عتق عليه فإنه يعتق عليه بملك العبد إياه . قال ابن القاسم في المكاتب : فإن عجز وهم عنده عتقوا عليه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأنه إنما يعتق على العبد مَن مَلَكَ مِمَّن يعتق على سيده من أجل أنه يملك انتزاعهم ، فلما كان يملك انتزاعهم عتقوا عليه ، إذ لو انتزعهم لعتقوا عليه ؛ فوجب أن لا يعتق على المكاتب ما ملك ممن يعتق على سيده ، إذ لا يملك سيده انتزاعهم منه بإجماع . وإذا كان قد قيل في العبد الذي يملك سيده انتزاع ماله إنه لا يعتق عليه من قرابة سيده ، فأحرى أن يُقال في المكاتب الذي ليس للسيد أن ينتزع ماله كما قال ، ولا اختلاف في ذلك أعلمه في المكاتب . وأما في العبد ففيه ثلاثة أقوال : أحدها أنهم لا يعتقون عليه ، وهو القول الذي حكاه عن بعض

الناس في هذه الرواية ، وهو التي يأتي على حقيقة القياس بأن العبد يملك ، وقيل إنهم يعتقون إذا اشتراهم وهو لا يعلم أنهم يعتقون على سيده ، وهو الذي اختاره سحنون وقال فيه إنه أصح أقوال ابن القاسم ، فقيل إنهم يعتقون وإن اشتراهم وهو يعلم أنهم يعتقون على سيده ، وقع ذلك من قول ابن القاسم في كتاب الرهون ، وطرحه سحنون فقال إنما يعتقون عليه إذا اشتراهم وهو لا يعلم . وقد قال بعض الناس إن قول مالك في أنهم يعتقون إذا ملكهم اضطرابٌ من قوله في أن العبد يملك ، وليس ذلك بصحيح ، لأنه إنما رأى أنهم يعتقون من أجل أن السيد يملك انتزاعهم ، لا مِنْ أجل أن العبد لا يملك ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب سلف ديناراً في ثوب

وقال ابن القاسم في المكاتب يشتري الرجلُ كتابته إنه فيه بمنزلة سيده ، يقاطعه كما كان سيده يقاطعه .

قال محمد بن رشد : قد تقدم هذا من قول مالك في أول رسم من سماع ابن القاسم ، ومضى هنالك القول عليه فلا معنى لإعادته ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب إن خرجت من هذه الدار

قال ابن القاسم : إذا كان ثلاثة إخوة في كتابة واحدة فجنى أحدهم فإنه يقال له أدِّجنايتَك ، فإن لم يَقْوَ قيل لِمَن بقى أدُّوا الجناية وقوموا بنجومِكم وإلاّ عجزتم ، فإن لم يقوموا وعجزوا رقّ الاثنان وقيل للسيد إمّا أن تسلم الجاني وإما أن تفتكه بقيمة الجناية . وإن

قالوا نحن نؤدي فأدُّوا الجناية ، فإنَّ مَن أدى الجناية منهم رجع بها على الجاني بعد العتق ، وليس هو بمنزلة الكتابة التي يؤدي بعضهم عن بعض ، فإن أولئك لا يرجع مَنْ أَدَّى على مَنْ لم يُؤد إذا كانوا إخوة وأقارب .

قال محمد بن رشد : قول ابن القاسم إن مَن أدى منهم الجناية يرجع بها على الجاني خلاف قول غيره وهو أشهب ، والله أعلم ، في كتاب الجنايات من **المدونة** إن الجناية كالكتابة لا يرجع بها مَن أداها عمن هو معه في كتابة واحدة إلَّا عَلَى مَنْ يرجع عليه بما أدى عنه من الكتابة . وقد اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال : أحدها أنه لا يرجع على زوجته ولا أحد ممن يعتق عليه ، ويرجع على سواهم ممن لا يعتق عليه وان كانوا من ذوي محارمه كالعم والخال ، وهو مذهب ابن القاسم ؛ والثاني أنه لا يرجع على زوجته ولا احد من ذوي محارمه وإن كان منهم من لا يعتق عليه ، وهو مذهب أشهب ؛ والثالث أنه لا يرجع على زوجته ويرجع على من سواها وإن كانوا من ذَوِي محارمه الذين يعتقون عليه كالأب والأخ ، وهو مذهب المغيرة ، وقوله في **نوازل سحنون** بعد هذا من هذا الكتاب ، فلا اختلاف في أنه لا يرجع على الزوجة ولا في أنه يرجع على ذوي رحِمِهِ الذين ليسوا من ذوي محارمه كابن العم وابن الخال وشبههم . وقد حكى ابن حبيب عن أصبغ في ثلاثة إخوَة مختلفين : أخ لأب وأم ، وأخ لأب ، وأخ لأم ، كوتبوا كتابة واحدة فأداها أحدهم كلها ، أنه إن أداها الذي لأب وأم لم يرجع عليهما بشيء ، وإن أداها الأخ للأم رجع على الأخ للأب ولم يرجع على الأخ للأب والأم ، وإن أداها الأخ للأب رجع على الأخ للأم ولم يرجع على الأخ للأب والأم . وقوله صحيح على ما ذكرناه من أن ذوي الرحم الذين ليسوا من ذوي المحارم كالأجنبي .

واختلف أيضاً في توارث المكاتبين في كتابة واحدة على ثلاثة أقوال :

أحدها أنه يتوارث جميع الورثة الزوجة وغيرها ، رُوي ذلك عن مالك ، ووقع اختلاف قوله في ميراث الزوجة في **المبسوطة** ؛ والثاني أنه يتوارث جميع الورثة إلا الزوجة ، وفي المدونة ما ظاهره هذا القول ؛ والثالث أنه لا توارث بينهم إلا فيمن كان منهم يعتق بعضهم على بعض ، وهذا القول هو المنصوص عليه في **المدونة** . ولا خلاف بين ابن القاسم وأشهب في أن الجناية كالكتابة في أنه لا يعتق الجاني ولا مَن معه في الكتابة إلا بعد أداء الجناية ، وإنما اختلفا إذا أدى الجناية غير الجاني هل يرجع بها على الجاني إذا كان ممن لا يرجع عليه بالكتابة أم لا حسبما وصفناه من اختلافهما في ذلك . وأما الدَّين فمذهب ابن القاسم أن الكتابة لا تبطل بالعجز عن أدائه ، فيعتق المكاتبون إذا أدوا الكتابة وإن عجزوا عن أدَاء الدين ، ويبقى الدين بعْد العتق في ذمة الذي كان في ذمته منهم ، بخلاف الجناية عنده في هذا ، لأن الدّين لا يؤدى من الخراج والعمل ، والكتابة والجناية يؤديان من ذلك ؛ وأشهب يرى الدين كالكتابة والجناية في جميع الوجوه ، وهي كلها مفترقة عند ابن القاسم ، لكل واحد منها حكم غير حكم صاحبه على ما بيناه ، وبالله التوفيق .

مسألة

قال عيسى وسألت ابن القاسم عن الرجل يضع عن مكاتبه عند الموت نجماً من نجومه لا يُدرى من أوله أو من آخره ، قال إنه إن كانت النجوم ثلاثة وُضع عنه من كل نجم ثلثُه ، وإن كانت أربعة فربعها ، فكذلك حسابها . فإن أدى عتق ، وإن عجز فانه إن كانت النجوم عشرة عتق عُشُرهُ ، وإن كانت ثلاثة فثلثُه، فبحساب هذا يعتق . وإنما الوضيعة عتق إذا كان في وصية في أداء كتابة ، فإن أدى عتق وإن عجز رجع إلى الذي وجبت عليه .

قال محمد بن رشد : هذا بيّن على قياس ما في **المدونة** وغيرها ، ولا اختلاف فيه أحفظه ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب العتق

قال وسألت ابن القاسم عن رجل قال كاتِبوا عبدي فلاناً . فأُصيب يد العبد أو رجله ، فبأي القيمتين يكاتب ؟ أبقيمته حين أوصى أو حين مات سيده ؟ أو حين جُرِحَ ؟ قال قيمته يوم يكاتب ، وكذلك لو قال هو حر فاعْتل فإنما قيمته يوم يقوّم للعتق ، ولا ينظر إلى يوم أوصى ولا يوم مات ولا يوم اعْتل.

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ولا اختلاف فيه ، لأنه من أوصى بوصية لرجل أو بِعتق أو كتابة إنما ينظر ذلك كله إلى قيمته يوم تنفذ الوصية فيه ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب شهد على شهادة ميت

قال وسئل عن امرأة قالت لخادمها عند موتها رَبِّي ولدي هذا وَأَدِّي ثلاثين ديناراً ثم أنت حرة والولد صغير حين وضعته أمه ثم هلكت ، فلم تلبث إلَّا يسيراً هلك الصبي ولها ولد غيره .

قال ابن القاسم : إذا أدّت الثلاثين ديناراً فهي حرة ، لأنها إنما أرادت تربية الغلام ما عاش إلى أن يبلغ .

قال محمد بن رشد : هذا بيّن على ما قاله ، لأنها عيَّنت الولد ولم تحُدَّ لتربيتها إياه حداً من السنين ، فوجب أن يحمل ذلك على حياته ؛ ولو حدّت لتربيتها إياه حداً من السنين والأعوام لوجب أن لا يكون عليها شيء فيما اشتُرط عليه من تربيتها فيما بقي من المدة لأنها إنما أرادت كفالة الولد وتربيته ، لا هبة خدمتها له فتكون موروثة عنه على معنى ما في **المدونة** في

الذي يقول اخدم ابني كذا وكذا سنة ثم أنت حر فيموت قبل الأجل، إنه حرٌّ إذا لم يكن من عبيد الخدمة ، وإنما أُريد به ناحيةُ الكفالة والحضانة . فإذا سقطت تربية الولد عنها بموته وجب أن تجب لها الحرية بأداء الثلاثين ديناراً كما قال . وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسألت عن رجل قال لغلامه : أعتقِك على أن لا تفارقني فإن فارقتني فعليكَ خمسون ديناراً فأعتقه على ذلك ، هَل تَرَى هذا الشرط لازماً له ؟ قال ابنُ القاسم أراه حُرّاً وعليه خمسون ديناراً ، وأمَّا ما اشترطه عليه من أن لا يفارقه فهو باطلٌ كأنه أعتق على أَنْ يدفع إليه خمسين ديناراً .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأنه بَتَّلَ عتقَه وشرط عليه بعدَ العتق أَحَدَ الوجهين إما اداءُ خمسين ديناراً وإما أن لا يفارقه ، واحد الوجهين لا يجوز اشتراطُهُ عليه بعد العتق ، وهو أن لا يفارقه ، فوجب أن تَجِبَ عليه الخمسون التي يَجوز اشتراطُها بعد العتق .

وقولُهُ كأنه أعتقه على أَنْ يدفع إليه خمسين ديناراً معناه كأنه أعتقه على أن يدفع إليه خمسين ديناراً بعد العتق ، وأما إذا قال الرجلُ لعبده أَنْتَ حُرٌّ على أَنْ تَدفع إليَّ كذا وكذا فمذهبُ ابنِ القاسم في ذلك إن قبلَ العبدُ ذلك كان حراً إذا أدى ذلك ، وإن لم يقبل فلا حريةَ له ، وفي ذلك اختلاف كثيرٌ سأذكره في رسم الصبرة من سماع يحيى إن شاء الله .

ومن كتاب الرهون

وعن رجل تَحْضُرُهُ الوفاةُ فيقول لرجل خُذْ من عبدي فلان مائةَ

دينار ثم هو حر أَتُنَجَّمُ عليه ؟ قال : لا أرى أن تنجم عليه تؤخذ منه جميعاً إلَّا أن يكون أَمَرَ أن تنجم عليه .

قال محمد بن رشد : لم يَرَ أن تنجم عليه المائةُ لقوله فيها خذ لِأنَّ الظاهِرَ من لفظ الأخذ في الشيء أخذُهُ مجتمعاً ، فوجب أن يحمل على ذلك إلَّا أنْ تقتَرِن به قرينةٌ تدل على أنه لم يُرِد أخذَ ذلك منه جميعاً معاً ، فينجم عليه كما لو امر أن تنجم عليه ، فليس ذلك بخلاف لما في المدونة من أنه إذا قال لأمةٍ له إن أديت إليَّ أو إذا أديت إلى ورثتي ألفَ درهم أو أدِّ إلى ورثتي ألف درهم والثلثُ يحملها أنها إذا أدَّت الألفَ درهم فهي حُرَّة ويتلوَّم له السلطانُ على قدر ما يَرَى يوزعه عليها ، لأن لفظَ الأداء للمشتري لا يقتضي في ظاهره أخذه مجتمعاً معاً ، وبالله التوفيق .

من سماع يحيى ابن يحيى من ابن القاسم مِن كتاب الكبش

قال يحيى وسألتُ ابنَ القاسم عن ورثةٍ ورثوا مُكَاتباً أيجوز لهم اقتسام كتابته فيُنْظِرُهُ منهم من أحب ، ويتعجل من كَرِهَ النَّظِرة كما يجوز ذلك للشركاء في اقتسام الدَّين يكون لهم على الغريم ؟

فقال : لا يجوز للورثة أن يقتسموا ما على المكاتب إلَّا عند انقضاء كل نجم ، وذلك أنَّ النجوم التي عليه ليست بدين ثابت فيقسم كاقتسام الدين الذي يكون للشركاء على الغريم ، ومما يبين ذلك أنَّ مالكاً قال في المكاتب يكون بين الرجلين: إنه ليس لأحدهما أن يبيع نصيبَه من الكتابة دون صاحِبِهِ إلَّا أن يبيعا جميعاً ، ولا تجوز القسمةُ إلَّا فيما يجوز بيعُهُ من الديون .

قال محمد بن رشد : أما اقتسام الشركاء في الكتابـةِ كتابة المكاتب بينهم فلا اختلاف في أنَّ ذلك لا يجوز ، لأنـهـم إذا اقتسموا كتابتَه صار كل واحد كأنه قد كاتبه على حصته دون شركائه ، وذلك ما لا يجوز ، لأنه غرر ، إذ ليست الكتابةُ بدينٍ ثابت ، فقد يعجز في نصيب أحدهما فيرجع حظه منه رقيقاً ويؤدي إلى الآخر فيعتق حظه ويصير ذلك خلافَ السنة الثابتة عن النبي عليه السلام في قوله : من أعتق شِركاً له في عبد قُوِّم عليه قيمة العدل(٨) ، الحديث ، وأما بيعُ أحد الشريكين نصيبَهُ من كتابة المكاتب فقد مضى ذكرُ الإختلاف فيه وتحصيلُه في رسم نَذَرَ سَنَةً من سماع ابنِ القاسم ، ولا يدخل هذا الاختلاف في فسخ كتابة المكاتب بدليل قوله : ولا تجوز القسمةُ إلَّا فيما يجوز بيعه من الديون ، لأن المعنى في ذلك ولا تجوز القسمة إلَّا في الديون التي يجوز بيعُهَا إلَّا في الكتابة إذْ ليست من الديون وإنما هي جنس من [إلغاء مُبْطِل فترجع](٨م) إلي الرقبة وبالله التوفيق .

مسألـة

قلتُ أرأيت إن حل نجمٌ من نجوم المكاتب فقال أحد الورثة بَدِّؤُوني بهذا النجم واقتضوا ما أَنْقَدكم به في القبض مما بقي عليه من نجومه أيجوز ذلك ؟ قال : نعم لا بأس به ، قلت فإن عجز المكاتَب ولا مال له ؟ قال : يرجع المقتَضِي بحصته في الرقبة ويغرم للشركاء حِصَصَهم فيما كانوه بَدَّأُوه به ، وذلك أنه كان منهم كالسلف عليه لهم ، قلت فإن كان حين حَلَّ النجمُ أعسر به فأنظروه إلا واحداً شح واقتضى ثم عجز ؟ قال : يرجع المقتضي بحصته في الرقبة ولا يغرم لشركائه شيئاً ، وذلك أنه إنما اقتضى نصيبَه ولم يُبَدؤُوه بشيء ، قال وإن مات المكاتبُ عن مالٍ وقد اقتضى أحدُهُم حقه من نجوم

(٨) تقدم التعليق عليه في رقم ٤ .

(٨ م) من نسخة ق ٣ .

المكاتب وأنظره الآخر دون اقتضاء من بقي ، ثم اقتسموا ما بقي وإن لم يكن فيما ترك وفاءٌ وقد اقتضى بعضُهُم بعض حقه وأنظره بعضٌ بجميع حقه اقتسموا ما ترك على حساب ما بقي لكل واحد من حصته من النجوم على قدر ما كانوا يطلبونه كما يُقسم مالُ المُفَلّسِ على قدر أموَالِ أهل الديون .

قلت أرأيت حين بَدَّأوه يَتَقَاضَى نجماً أو نجمين لِيَقْتَضُوا مِمَا بَقِيَ من النجوم فقلتَ إن عَجز ردَّ عليهم بقِدَر ما ينوبُهُم مما اقتضى ورجع بحصته في الرقبة أرأيت إن لم يعجز ؟ فلما حلت النجومُ قالُوا لِشركائهم : إقْضِنَا ما قدمناك به سَلَفاً مِمَّا لَكَ فاقبض أنت ونحنُ المكاتب واقضنا ما قد صار لنا قِبَلَكَ أترى ذلك عليه ؟ قال : لا أرى لهم قِبَله شيئاً إلاَّ أنْ يعجز المكاتب .

قال محمد بن رشد : هذه مسألةٌ بينةٌ صحيحة على مذهب ابن القاسم وروايتهِ عن مالك في المدونة وغيرها ، لِأن المكاتبَ إذا كان بين الشريكين فيُبَدِّىءُ أحدُهُما صاحبَه بنجم من نجومه على أن يأخذ النجم الآخر فيما بَدَّأه به سَلَفٌ منه له ، فإن عجز المكاتب في النجم الآخر رَدَّ الذي قبضَ النجم الأول نصفَه ورجع بحظه في رقبة المكاتب ، وإن مات وترك مالاً استوفى الذي لم يقبض شيئاً من ماله مثلَ ما قبض صاحبُهُ وكان ما بقي من ماله بينهما ، وان لم يكن فيما ترك من المال وفاءٌ لما قبض صاحبه اتبعه بما بقي من حقه ، مثالُ ذلك أن يكون النجمُ الذي قبضَ خمسين وترك المكاتبُ من المال ثلاثين فيرجع عليه بعشرة ، ولو عجز أو مات قبل مَحَلِّ النجمِ الثاني لم يكن عليه رجوعٌ حتى يحل الثاني ، قاله في كتاب ابنِ المواز قال محمد : ولو حل النجمُ الثاني قبلَ عجزه فتعذر على المكاتب وانتظر لِمَا يُرجى له لكان على الشريك أن يعجل لشريكه سلفَه ثم يتبعان المكاتَبَ بالنجم الثاني .

وإنما قال إذَا حَلَّ النجم الثاني ولم يمت ولا عجز إنه لا يلزمه أن يقضيه معه لأنه إنما بدأه من النجم الأول على أن يقبض هو الثاني ، فكأنه قد التزم إقتضاءه هذا معنى ما ذهب إليه في الرواية .

وأما إذا حل النجمُ على المكاتب فأنظره أحدُهما بحقه فيه وَشَحَّ صاحبه فاقتضى حقه منه فلا رجوع له عليه إن عجز أو مات ولم يترك شيئاً ، ويكون له حظه من رقبة المكاتب في العجز ، وإن ترك مالاً استوفى منه الذي لم يقبض شيئاً مثلَ ما قبض صاحبه ، وكان ما بقي بينهما .

وإن لم يكن فيما ترك وفاءٌ لما قبض صاحبُه اقتسما ما ترك على قدر ما لكل واحد منهما يضرب الأولُ بما بقي له من النجم الأول ، والثاني بجميع النجم الثاني على سنة التّحَاص في مال المفلس كما قال ، واقتضى أحدُ الشريكين في المكاتب من الكتابة شيئاً دون شريكه بتبدئَته إياه بذلك أو بغير تبدئة خلافُ حكم قِطَاعَةِ أحدِهِمَا المكاتبَ بإذن شريكه أو بغير إذنه .

أما إذا قاطعه بإذنه ثم عجز في نصيب شريكه فهو بالخيار بين أن يرد نصف ما قاطعه به ويكون حظه في رقبة العبد ، وبين أن يتمسك بقطاعته ولا يكون له في رقبة المكاتب شيء ، وأما إذا قاطعه بغير إذنه ثم عجزِ في نصيب شريكه فليس له أن يرجع في رقبة المُكاتب وإنما له ما قاطع به ، وحكمُ الموت والعجزِ سواءٌ إذا قاطعه أحدهما بغير إذن شريكه، تلزمه القطاعة ولا يكون له شيء في رقبته ان عجز ، وَلَا في ماله إن مات ، لأنه قد رضي بما قاطعه به ، فليس له أن يرجع في رقبته إن عجز ، ولا في ماله إن مات صح[9] إلَّا أن لا يشاء شريكُهُ أن يمضي له ما فعل من قطاعته إياه فيرجع عليه بنصف ما قاطع به ويكون العبدُ بينهما إن عجز ، وإن مات ولم يَفِ ما ترك بما قاطع به

(٩) كذا بالأصل وبنسخة ق ٣ .

رجع عليه بنصف الزائد إن كان قاطعه بعشرين فمات ولم يترك إلاَّ عشرة رجع عليه بخمسة .

وأما إذا قاطعه أحدُهُما في نصيبه بإذن شريكه فقال إن الموت في ذلك كالعجز أيضاً يكون الذي قاطع مخيراً بين أن يتمسك بقطاعته ولا يكون له شيء من ميراثه ، وبين أن يرد نصفَ ما قاطع به ويكون الميراث بينهما ، قاله في الموطإ رواية يحيى ذلك غلط وقع في روايته، وإنما الحكمُ في ذلك أنْ يستوفىَ الذي لم يقاطع مما ترك المكاتبُ حقَّه من الكتابة أو بقية حقه منها إن كان قبض الذي قاطع ، ويكون بقيةُ المال بينهما ، وهو نص قول مالك في موطإه في الباب نفسه في صدر كلامه ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب يشتري الدور والمزارع

وسألتُهُ عن الرجل يشتري ما على مكاتبٍ لو ملك رقبتَه عتَقَ عليه بالرحم ، فقال : أرى أن الذي على المكاتب موضوعٌ عنه ، فقيل له وَلِمَ لَمْ يملك رقاً ؟ ألا ترى أنه لو أدى ما عليه كان ولاؤُه للذي عقد كتابتَه ؟ قال : وإن كان ولاؤُه للذي عقد كتابته فإن الذي اشترى الكتابةَ إذا كان ممن لو ملكه عتق عليه فهو إذا صار يأخذ منه كتابتَه فكأنه يأخذ منه ثمنَ رقبتِهِ ، ألَا تَرَى أنه إن عجز صار رقيقاً له ، فكيف يجوز له أن يقتضي منه ثمن رقبته وهو إن عجز عن أداء الذي يقتضيه منه فَرَقَّ بالعَجْزِ عَتَقَ عليه بالرَّحم ؟ قيل له : فإن ورثه ؟ قال : فذلك أبينُ أَنَّ الكتابة موضوعةٌ عنه ساعةَ يرثها من إذا ملكه عتق عليه .

قال محمد ابن رشد : ولو أوصى بكتابةِ من يُعتق عليه لعتق عليه إنْ قبل الوصية ، قاله أصبغ في نوازله في آخر الكتاب ، ومعناه أنه تسقط عنه

الكتابةُ فيُعتق ويكون ولاؤُه للذي عقد كتابته ، وهو مذهبُ ابن القاسم في هذه الرواية ، ولا أعرف في المذهب في ذلك نَصٍّ خلافٍ ، قال اصبغ في النوازل المذكورة : وذلك بخلاف إذَا أوصى له بثمن من يعتق عليه لإنه إنما له الثمنُ بعد بيعه وليس بيعه في يديه وبالله التوفيق .

ومن كتاب الصُّبرة

وقال فيمن قال أنتَ حُرٌّ على أن عليك خمسين ديناراً فالعبدُ بالخيار إن شاء أن تكون الخمسون ديناراً عليه ويتبع بِها ويعجل له الحرية فذلك له ، وإن كره أن يكون غريماً بِهَا فلا عتاقة له .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة فيها ثلاثةُ أقوال أحدها قول ابنِ القاسم في هذه الرواية ، **والثاني** قولُ مالك في المدونة إنه حر ، والمالُ عليه بمنزلة قوله أَنْتَ حُرٌّ بَتْلاً وعليك كذا وكذا **والثالث** قولُ ابن القاسم في العتق الثاني من المدونة أنه إن قبل كان حراً إذا أدى المال كالكتابة ، وإن لم يقبل فلا حرية له ، إلاّ أن يفرق على مذهبه بين قوله أَنْتَ حُر على أنّ عليه كذا وكذا أو أنت حر على أن تدفع إليَ كذا وكذا ، فقد فرق بين ذلك ، وللتفرقة بينهما وجهٌ ، وقد قيل إنّ هذين اللفظين سواءٌ بخلافِ قولِه على أن تؤدي إلى كذا وكذا .

والصواب أَنْ لا فرق بين أن يقول على أن تدفع أو على أن تؤدي وأن ذلك بخلاف قوله على أن عليك ، فالأظهر من قوله على أن يؤدي أو على أن يدفع أنّ العتق بعد الأداء ، والأظهرُ من قوله على أن عليك أن الاداء بعد العتق ، ويتخرج في المسألة قولٌ رابع ، وهو أن يكون حراً إذا أدى المال شاء أو أبى على مذهب من يرى جَبْرَ العبدِ على الكتابة ، وهل هذا يختلف في الذي يقول لعبده أنت حر على أن تخدمني ما عشت ؟ فقال المغيرة هو كالمدبر

لا يقدر على بيعه ، وقال عيسى عن ابن القاسم في المدنية أراه حُرّاً الساعةَ ، وليس عليه خدمة ، قال : ولو قال أنت حر على أن تخدمني عشرَ سنين كان حراً الساعةَ وسقطت الخدمة ، وقال في آخر كتاب المدبر من المدونة يُنظر في ذلك ، فإن كان عجل العتق وجعل الخدمة بعده فهي ساقطة ، وإن كان أراد أن يعجل عتقه بعد الخدمة فهو كما قال ، لا يعتق حتى يخدم .

وإنما وقع هذا الاختلافُ في هذه الألفاظ لاحتمال أن يريد بكل لفظ منها إيجابَ المال على العبد بعد العتق برضاه وبغير رضاه .

فالاختلافُ المذكور فيها إنما ينبغي أن يكون إذا لم يكن سؤالُه عما أراد بذلك ، وأما إذا أمكن ذلك ولم يَفُتْ سؤالُه فيُسْأَلُ ، فإن قال أردت بذلك إيجاب المال عليه بعد الحرية إن رضي صدق قولُه وكان الجواب في ذلك ما قاله في هذه الرواية ، وإن قال أردتُ بذلك إيجابَ المال عليه بعد الحرية وإلزامَه ذلك بتلت حريته ولزمه المالُ في قول مالك ، ولَم يلزمه عند ابن القاسم ، وإن قال أردت أن لا يعتق حتى يؤدي المالَ إن رضي كان ذلك على ما قال إن رضي العبدُ بذلك كان مكاتباً ، وإن لم يرض بقي رقيقاً ، وإن قال أردْتُ إلزامه العتق بعد الاداء شاء أو أبى جرى ذلك على الإختلاف في جَبْرِ السيدِ عبدَه على الكتابة ، ومسألة أخر كتاب المدبر من المدونة التي ذكرناها تدل على ما قلناه من سُؤَالِ السيد ، والله الموفق .

ومن كتاب أولُه أَوَّلُ عبدٍ أبْتَاعُه فَهُوَ حرٌّو

قال : وسألْتُه عن الرجل يُعطِي غلامَه مائة شاةٍ أو مائة بَقَرَةٍ أو نحو ذلك فيقول أصلِح إليها وأحسن بتفقدها ، فإذا بلغت ألفاً أو نحو ذلك مما يقول فأَنتَ حر ، فيموتُ السيدُ قبل أن تبلغ ما كان السيدُ

ذكره من العِدّةِ التي جعل له الحريةَ إذا بلغتها الغنمُ أو البقر .

قال : لا حريةَ له ، والورثة يبيعونه إن شاؤ وا ويقتسمون الغنمَ والبقر ، قلت : أرأيت إن صارت بعدَ موت السيد إلى تلك العدة قبل أن يَقْتَسِمَهَا الورثةُ أو يخرجوها من يد العبدِ أَوَيَكون بذلك حراً ؟ فقال : لَا ، لِأنه بمنزلة رجل قال إن بلغت غنمي ألفاً وأَنَا حي فأنت حر ، فلما مات لم يلزم الورثة من ذلك الشرط شيءٌ .

قلت أرأيت إن أراد السيدُ في حياته بيعَ العبد أو إخراجه من الغنم أو إدخال غيرِه فيها لِمَا رأى من تضييعه إياها أو أراد بيعَ الغنم أو شيئاً منها لبعض حاجته أَيُمنع أم يُوقف العبد وتوقف الغنمُ في يديه لا يبيعه ولا يبيعها ولا شيئاً منها ؟ وكيف إن رأى ضيعة فيها تلف الماشية على يدي العبد أيُقره ؟ وقال اصبغ عن رجل كاتَبَ عَبْدَه على غنم كانت له في يدِ العبد على أن يبلغها ثلاثَمِائة أو أقل من ذلك أو أكثر إلى أجل هل تصح الكتابة ؟ وكيف إن مات السيد قبل أن تتم الغنمُ أو ماتت الغنم كلُّها أو بَعْضُها أو مات جميعها قبل الكتابة أو بعد الكتابة ؟ قال أصبغُ لا تعجبني هذه الكتابة وليست من كتابة المسلمين ، وأرى إن وقعت ونزلت وَعَقَدَ ذلك له أن يُتِمّه كما لو استأجره بمال دفعه إليه ويشترط له حريته بربحه فيه إذا بلغ كذا وكذا ، فهو عقد عتق بِشُبْهةٍ فينفذ ، فإن كان له أجلٌ وَجَاءَ أجلُه وعجز رق وعجز ، وإن لم يكن له أَجلٌ فإلى مقدار ما يرى من سَعْيِ مثله وكتابةِ مثلهِ بأجل مثله ، ورأيتُ ذلك له ثابتاً ، وإن مات السيدُ فإن أتَمَّهُ بعد موت السيد فذلك له ، وإن عَجزَ عُجّزَ لِعَجْزِهِ في حياته بَعد حَدِّ ذلك ووقته لما يُرَى ، وإن لحق السيد دَيْنٌ لم أَرَ أن يضره ذلك إن كان محدَثاً بعد الذي عقد له .

وإن ماتت الغنمُ فإن العبدَ على رأس أمره إلى حده الذي كان يرى ، أو إلى أجله ، فإن قام بذلك فَرَجًا من حيث طمع حتى يبلغه كان ذلك له ، ولا أرى عليه إعلاق ما بقي ، ولا أرى عليه في الأموات التي كان دفع الأشياء ، وأرى أنْ تجعل الأموات ها هنا كالحية التي لم تَمُتْ ويحسبها ويقوم بما بقي ، وأرى هذا إلى العبد إن شاء أن يمضي وإن شاء أمكنَ من نفسه ، وليس للسيد إلزامُه إياه ، فإن فعل وإلاّ عجز إن شاء ، وسواء عليه دفعها إلى السيد أو ماتت في يد العبد .

قال محمد بن رشد : وقعت هذه المسألة ها هنا وفي أول رسم سماع أصبغ بعد هذا من هذا الكتاب ، وفي رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب العتق ، فلم يرها ابنُ القاسم ها هنا ولا في سماع أصبغ بعد هذا كتابةً وقال في ذلك : إنه إنما عتقٌ أوجبه لعبده إن بلغت الغنم في حياته العدد الذي سمي ، وَرَآها في رسم إنْ خرجت من سماع عيسى من كتاب العتق كتابةً ، وقال أصبغُ ها هنا إنها كتابة إذا لفظ بها بلفظِ الكتابة ، وهو ظاهر ما وقع له في أول رسم من سماع أصبغ بعد هذا ، ولم يفرق ابنُ القاسم بينَ أنْ يلفظ بلفظ الكتابة فيقول إذَا كاتبتُك على أن تقوم على هذه الغنم ، وإذا بلغت كذا وكذا فأنت حر ولا يلفظ بلفظ الكتابة ، فيقول له قم على هذه الغنم فإذا بلغت كذا وكذا من العدد فأنت حر ، بل اختلف قوله في ذلك اختلافاً واحِداً لأنه إذا حُكِمَ لها بحكم الكتابة ولم يلفظ بلفظ الكتابة على ما وقع من قوله في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب العتق فَأَحْرَى أَن يُحكم لها بحكم الكتابة إذَا لَفَظَ فيها بلفظ الكتابة وإن لم يُحْكَمْ لها بحكم الكتابة إذَا لَفَظَ فيها بلفظ الكتابة على ما وقع من قوله في سماع أصبغ بعد هذا ، فأحْرَى أن لا يحكم لها بحكم الكتابة .

وتفرقَةُ أصبغ على ما يظهر من مذهبه بين أن يلفظ بلفظ الكتابة أو لا

يلفظ به قولٌ ثالِثٌ في المسألة ، ومن حَكَمَ لها بِحُكم الكتابة إذا لفظ فيها بلفظ الكتابة أو إذَا لم يلفظ به على ما ذكرناه من الاختلاف فِي ذلك ، فلم يراع التعبير في الغنم الذي دفع إليه وأبطل الشرط في تعينها وجعله مكاتباً بعدد ما زاد من الغنم على ما دفع إليه إلى الأجل أنه سمي له أو إلى ما يضرب له من الأجل إن لم يسم له أجلًا تلفت الغنمُ التي دفع إليه أو لم تتلف ، وهو نص قولِ أصبغ في هذه الرواية على أصله في أن الكتابة على الشرط الفاسد تجوز ويبطل الشرط ، لِأنه قال : الغنمُ إن ماتت فهو على رأس أمره إلَى حَدِّهِ الذي كان يرى أو إلى أجله يريد الذي سمي إنْ سَمّى أجلا ، وبَيَّنَ ما ذكرناه مِن أنّ الكتابة على مذهب من يجيزها إنما يراها كتابةً بما زاد العددُ على ما دفع إليه قولُه إن الغنم الذي دفع إليه محسوبةٌ له كانت حيةً أو ميتة ماتت في يديه أو بعد أن دفعها إلى سيده ، فإن كان كتابته بأن دفع إليه مائة من الغنم على أنه حر إذا بلغت ثلاثماية فإنما هو مكاتب بما يَتَبَيّن ، لِأن المايَة التي دفع إليه محسوبةٌ له على كل حال في الثلاث الماية التي كاتبه عليها ، كانت حية أو ميتة ، ماتت في يديه أو بعد أنْ ردها إلى سيده ، ومن رآها كتابة لم يضرها عنده الدينُ المستحدث على ما قاله أصبغ في هذه الرواية ، ومن لم يـرها كتابةً وإنما جعله عتقاً بشرط بلوغ الغنم العدَدَ الذي سمي في حياته رأى الدينَ المستحدثَ يبطله على ما قاله ابن القاسم في أول سماع أصبغ ، فكلٌّ واحد منهما شيء على أصله .

ولما سأله يحيى في هذه الرواية هل له على أصله فيها أنها ليست بكتابة أَنْ يبيعَ العبد أو الغنم أو يدله منها لِمَا خشي من تضييعه إياها سكت له عن الجواب على ذلك ، فأما إدَالَتُه منها وإدخال غيره مكانَه فيها فلا إشكال في أن ذلك له ، وأَمّا بَيْعُه للعبد أو الغنم فيجري على ذلك على اختلافِ قول مالك وابنِ القاسم في الذي يقول لعبده أنت حر إذا قدم فلان هل له أن يبيعه أم لا ؟ لأنه لم يجعلها كتابةً وإنما رآه معتقاً إلى أجل قد يأتي وقد لا يأتي ، فأشبه قولَه أنت حر إذا قدم فلان والله أعلم ، وفي المدنية لابن القاسم من رواية عيسى

عنه مثلُ نص قوله في هذه الرواية ، وفيها لابن كنانة أنه سئل عن رجل قال لغلامه أُكاتبُك على أَنْ أعطيَك عشر بقرات ، فإذا صارت خمسين فأنت حر فهذه كتابتك ، فرضي بذلك العبدُ . قال ليست هذه كتابةً ومتى ما عُلِمَ بهذا فسخ ، قال : ولكنه إن جاء بالبقرات وقد صارت خمسين قبل أن يعلم بها وسيدهُ حي عتق ، قال : فإن مات السيدُ لم تكن تلك الكتابةُ شيئاً وكان موروثاً هو والبقرات ، وليس قولُ ابنِ كنانة مخالفاً لقول ابن القاسم ، لأن معنى قوله إنها ليست بكتابة ويفسخ متى مَا علم بها يريد ويكون الحكم فيها إذا فسخت ما قاله بعد ذلك من أنه يعتق إن صارت البقراتُ خمسين في حياة سيده ، وهو نص قول ابن القاسم في المدنية وفي هذه الرواية خلاف قوله في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب العتق وخلافُ قول أصبغ أيضاً ، وبالله التوفيق .

من سماع محمد ابن خالد من ابن القاسم

قال محمدُ ابن خالد سألت ابنَ القاسم عن رجل أوصى ورثته فقال : إن أعطتكُم فلانةُ ـ في جارية له ـ ثلاثين ديناراً فاعتقوهافغفل ورثُته عنها من بعد موته حتى ولدت ، ثم إنهم اقتضوا منها الثلاثين ديناراً فأعطتها إياهم هل تعتق هي وولدها ؟

فقال : لا يُعتق غيرُها(٩م) وقد سألني عنها رجل بالإسكندرية فأخبرته مثل ما أخبرتُك فقال لي إنها وقعت فكُتِبَ بها إلى مالك فأجاب فيها بجوابك ، قلت لابن القاسم : فرجلٌ قال لجاريته إن جِئْتني بمائة دينار إلى سنة فأنتِ حرة فقبلت ، ثم إنها ولدت من قبلِ أن تأتي السنة هل تعتق هي وولدها إن هي أعطته المايةَ أو هل يبيعهاَ

(٩ م) يعني لا تعتق إلاَّ هي وهو يعتق ولدها .

من قبل أن تأتي السنة ، قال ابنُ القاسم : أما ولدها فلا يعتق معها وليس له أن يبيعها حتى تعطي الماية عند السنة أو لا يعطي .

قال محمد بن رشد : أما قوله في المسألة الأولى إنّ ولد الجارية لا يعتق معها إن اعطَتْهم الثلاثين فهو بين على ما قاله ، لأنها ولدت الولدَ قبل أن يَجِبَ لَهَا العتقُ إذ هي مخيرة بين أن تعطي الثلاثين أَوْ لا تعطـها ، ويدخل في ذلك من الإختلاف بالمعنى ما في دخول ولد المحلُوفِ بحريتها معها في اليمين التي الحالف فيها على بر ، وقد مضى ذلك في غيرما موضع من كتاب العتق وغيره .

وأما قوله في المسألة الثانية إنّ ولدها لا يعتق معها فهو بعيد مخالفٌ للأصول ، لأنهم مجمعون على أَنّ ولد المكاتبة يدخل معها في كتابته ، وهذه كتـابـة بينـة إذا قبلت مـا أعـطاهـا السيـد إذ لا وجـه لقبـولهـا ذلـك إلاَّ التزامه ، وإذا التزمته صارت كالمكاتبة لم يكن لها أن لا تؤدي المائة عند السنة وتعجز نفسها إلاّ أن لا يكون لها مالٌ ظاهر ، ووجه ما ذهب إليه ابن القاسم أنها إنما قبلت أن يكون إليها ما جعل إليها من أن تأتي بالمائة إن شاءت فتعتق أو لا تأتي بها فلا تعتق ، وهذا بعيدٌ لِأن ذلك يجب لها بقول السيد وإن لم تقل قد قبلت وقد مضى في رسم الصبرة من سماع يحيـى من كتاب العتق ما فيه بيان هذا العتق وبالله التوفيق .

ومن سماع
سحنون وسؤاله ابن القاسم

قال سحنون : وسألتُ ابنَ القاسم عن المكاتب يكاتب عبدَه فيعتق الأسْفَلَ ثم يموت عن مال وللمكاتب الأول أولاد أحرارٌ من امرأة حرة وأولاد أحرار كانوا معه في الكتابة عجل السيدُ عتقَهم

برضاه أَيَرِثُونَ هذا المكاتب الأسفل إذا مات وقد اعتق ؟ قال : لا .

قلتُ له فإن كان المكاتبُ الأولُ بقي معه في كتابة بعضُ وُلْده فمات وترك مالاً فيه وفاءٌ ؟ قال ابن القاسم يؤدي الذين معه في الكتابة بقية الكتابة ويكون بقيةُ المال بينهم دون الأحرار الذين عجل عتقهم وغيرهم .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال من أنّ ميراثَ مكاتَبِ المكاتَبِ إذا أعتق لا يكون لِوُلْدِ سيده المكاتب له الأحرار ما دام على كتابته ، لأن ولاءَ المكاتب الأسفلِ إذا عتق إنما هو لِلمولى الأعلى ما دَام المولى الأسفل على كتابته ، فإن أدى كتابتَه رجع ولاءُ كتابته ، فَمَا لم يُؤَّد كتابته لم يجب له ولاءُ من أعتق من مُكاتبيه ، فما لم يجب له لا يصح أن يرثه عنه ورثُته الأحرار .

وقولهُ إن المُكَاتَبَ الأولَ إذا مات وترك مالاً فيه وفاءٌ بكتابته وله وُلْدٌ معه في كتابته وَوُلْدٌ أحرار إن ولده الذين معه في كتابته يؤدون مما ترك بقية كتابته ويكون ما فضل لهم دون ولده الأحرار ، فهذا نص قوله في المدونة والموطأ وغيرهما من الدواوين ، ولا اختلاف أحفظه في أنهم أحقُّ بميراث أبيهم من ولده الأحرار إذا مات وترك وفاء من كتابته وفضلاً وإنما يُختلَف هل يكون أحدٌ منهم بولاء مكاتب أبيهم الذي أدَّى فعتق قبل موته(١٠) فقيل إنّ الولاءَ لا ينجرُّ إليهم عن أبيهم إذا أدوا كتابتَه مما ترك ويكونون أحق به من ولده الأحرار ، وقيل إنهم لا يكونون أحقّ منهم ويدخلون معهم ، اختلفَ قولُ مالك ، وقع اختلافُ قوله في ذلك في المبسوطة ، وقال ابنُ كنانة ليس لواحد منهم من وَلَاءِ مكاتَب أبيهم شيء لأنه مات قبل أن يعتق ، فولاءُ مكاتبه للسيد ولو أدى كتابته فعتق قبل أن يموت لَرَجَعَ إليه ولاءُ مكاتبه وورثه عنه جميع ولده الذين كانوا معه في كتابته والأحرار الذين لم يدخلوا معه في كتابته ، ولو مات ولم يترك

---

(١٠) سقط جواب يكون من الأصل ونسخة ق ٣ : تقديره أحق .

وفاءً من كتابته فسعى ولده في بقيتها فعتقوا لم يكن لهم من ولاء مكاتبه شيء ولا للأحرار الذين لم يدخلوا في الكتابة ، وكان ولاؤُه للسيد ، فقف على افتراق هذه المواضع الثلاثة إذا أدى المكاتب كتابته في حياته،وإذا أدَّاها بنوه مما تخلفه وفاء بها فسعوا في بقيتها ، وقد مضى في رسم إن خرجت من سماع عيسى تحصيلُ الاختلاف فيمن يرث المكاتبَ ممن هو معه في كتابته إذا مات قبل أن يؤدي كتابتَه فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألـــة

وقال ابنُ القاسم في المكاتَب يموت ويترك أُمَّ ولده وولداً له منها أو من غيرها وترك المكاتب مالاً فيؤدي عنه فيعتقوا ، قال : لا يرجعون عليه بشيء وكذلك لو لم يترك مالاً فسعوا عتقت بأداثهم .

قلت : فإنْ لم يكونوا وُلْدَها ولكنهم ولد المكاتب من غيرها ؟ قال : هم بمنزلة ولدها ، قلتُ : فإن إخوةً المكاتب وليس معها ولد وقد ترك وفاءً أو لم يترك وفاءً ؟ قال سواءٌ ، يعتق الإخوة وتكون أماً لهم ، وإنما تتم حرمتها مع ولده منها ومن غيرها .

قال محمد بن رشد : قوله إنَّ المكاتب إذا مات وترك وفاء بكتابته وله أُمُّ ولد وولد منها أو من غيرها فيؤدي عنهم فيعتقون إنَّ الولد لا يرجعون على أُمّ الولد بشيء كانت أمهم أو لم تكن أمهم ، صحيحٌ ، لأنه لو أدى هذا الكتابة لم يرجع على أُمّ ولده بشيء ، فكذلك لا يرجعون هم عليها بما أدَّوا من ماله ، كانت أمَّهم أو لم تكن أُمَّهم ، ولو لم يترك مالاً فعتقت بسعيهم رجعو عليها بما أدَّوا عنها إن لم تكن أُمَّهم على مذهب ابن القاسم ، إذ ليست ممن تعتق عليه ، ولم يرجعوا عليها على مذهب أشهب في أنَّ المكاتب لا يرجع على من معه في الكتابة بما أدى عنه إذا كان من ذوي محارمه وإن كان مما لا يعتق عليه ، وقد مضى هذا من قول أشهب والاختلافُ

فيه في رسم إن خرجت من سماع عيسى .

وأما قوله إن لم يترك المكاتب ولداً وترك إخوة فسواء ترك وفاءً أو لم يترك لا يعتق الولد بعتق الإخوة وتكون أمةً لهم هو مذهب ابنِ القاسم وروايته عن مالك في المدونة وغيرها ، ولأشهب في كتاب ابن المواز أنه إن ترك وفاءً عتقت مع الأبِ والأخ ، وإن لم يترك وفاءً رقت ولا تعلق في سعيها بعد ذلك ، فاتفق ابنُ القاسم وأشهبُ على أنها تسعى مع الولد ولا تسعى مع الأب والأخ ، واختلفا هل تعتق بعتقِهِمَا إذا ترك وفاء ؟ فقال ابنُ القاسم إنها لا تعتق بعتقهما ، وقال أشهبُ إنها تعتق بعتقهما وبالله التوفيق .

مسألــة

قال وسألت ابنَ القاسم عن الرجل يطأُ أمَّ ولد مكاتبه فتحمل منه .

قال : يُحال بين المكاتب وبين وطئها حتى يُنظر إلى ما يصير اليه حال المكاتب ، فإنْ أدى عتق وكانت أمَّ ولده ، وإن عجز كانت أُمَّ ولد السيد .

قلت لابن القاسم : فإن خاف العجز فأراد بيعها ؟ قال : لا يبيعها ولكن يكون على السيد قيمتها يوم تُؤخَد ويعتق المكاتب فيها ، فإن فضل شيءٌ كان له .

قلت لابن القاسم : فالولد أَلَا يأخذُ المكاتبُ قيمتَه يستعين بها في كتابتهِ ؟ قال : لا وهو في القِندَان على خلاف هذا .

قال محمد بن رشد : انما قال إن السيدَ لا يجب عليه لمكاتبه شيء في أم ولده إذا وطئها فحملت منه وهو لا يخاف العجزَ من أجل أنَ أمرها لا يخلو من أن تصير مِلكاً له إن عجز أو حرة إنْ أدى كتابته ولم يعجز ، وفي كلا

الحالتين تسقط القيمة عن السيد ، هذا وجه قول ابن القاسم ، وفيه نظر ، لأنه قد أفسدها على المكاتب ومنعه ما كان له من الاستمتاع بها ، فكان القياسُ أن تكون عليه قيمتها كما لو قتلها هو أَوْ رجلٌ غيره ، ولما لم يَرَ عليه ابنُ القاسم قيمتَها للوجه الذي ذكرناه لم يَرَ عليه أيضاً في الولد قيمةً وقال : الجوابُ فيها في القندان على خلاف هذا ، فيحتمل أن يكون الذي في القندان أن يؤخذ من السيد الواطِىء قيمةُ ولده على أنه وَلَدُ أمّ ولدٍ فيوقف ، فإن أدى أو عجز رجعت القيمة إليه لأنها إذا أدّت أو عجزت سَقَطَ حقُّه فيها [وإذا سقط حقه فيها[11]] سقط في ولدها ، وإن ماتت قبل أن تؤدي أو تعجز كانت له القيمةُ يستعين بها في كتابته ، وأما إذا خاف المكاتبُ العجزَ فكان له أن يبيعها من أجل خوفه العجز، فقولُه إنه يكون على السيد الواطىء قيمتُها يوم تؤخذ منه ويعتق المكاتب فيها فهو مثلُ ما في كتاب ابن المواز لابن القاسم في سيد المكاتب يطأُ أمةَ مكاتبه فتحمل أنها يعتق فيما لزمه من قيمتها ، لأن أمَّ ولده تصير في هذا الحد كأمته في أنَّ له بيعَها، وقد مضى في رسم العرية من سماع عيسى اعتراضُ محمد ابنِ المواز قولَ ابنِ القاسم في أنه يعتق فيما لزم السيد من قيمة أمته ووجهُ العمل في ذلك وما في المدونة فيه ، فلا معنى لإعادته .

مسألــة

قال وسألتُ ابنَ القاسم عن المكاتَب إذا أعتقَ السيدُ أمتَه ثم عجز المكاتَب وهي عنده أيعتق أم لا ؟ قال : نعم ، قلت : وكيف إن خاف العجزَ أَلَهُ أن يبيعها أم لا ؟ أو لم يخف العجزَ أَلَهُ أن يبيعها ؟ قال : نعم ، قلت : وكيف إنْ خاف العجزَ أو لم يخف ولا

(١١) من نسخة ق ٣ .

يُعتق على السيد إلاَّ وهي عنده ؟ وإن فيه لقَوْلاً ولكن هذا أحسنُه إن شاء اللَّه .

قال محمد بن رشد : هذا صحيح على قياس قوله في المدونة في المكاتبين في كتابةٍ واحدةٍ يُعتق السيدُ أحدَهم ممن فيه قُوَّةٌ على السِّعاية فلا يرضى أصحابه ثم يعجزون : إنهم يعتق عليه ، وكذلك أيضاً لو أعتق المكاتبُ أو العبدُ عبدَه فَرَدَّ ذلك السيدُ ثم أعتق العبد أو أدى المكاتبُ كتابتَه والعبدُ عنده إنه يعتق على كل واحد منهما واختلف[١٢] .

وقد اختلف في المرأة تعتق العبد وهو أكثر من ثلث مالها فيرده الزوج ثم يموت عنها أوَ يطلقها ، فقيل إنه يعتق عليها ، وهو قولُ مطرف وابن الماجشون وأصبغ ، وقيل إنه لا يعتق عليها وهو قولُ أشهب ، وقيل إنها تؤمر بذلك ولا تجبر عليه ، وهو قولُ ابن القاسم ، والاختلافُ في هذه المسألة داخل في مسألتنا ، لأنه إذا لم يلزم ذلك المرأة فأحْرَى أن لَا يلزم ذلك السيد ، فالإختلاف من مذهب ابنِ القاسم قائمٌ من مسألتنا هذه ، وقد أشار الى هذا بقوله وإنَّ فيه لقولاً ولكن هذا أحسنُه ولا اختلاف في أنَّ له أن يبيع خَافَ أو لم يخف ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قال ابنُ القاسم في المكاتب بَيْنَ الشركاء فيبتاع أم[١٢م] المكاتب من بعض الشركاء فيه جُزْءاً مِمَّا على المكاتب ، قال : سألتُ مالكاً على المكاتب يكون بين الرجلين فيريد أحدُهما بيعَ نصيبه بإذن شريكه ، قال : لا يجوز إلَّا أنْ يبيعاه جميعاً ، فالأم عندي بمنزلته إلَّا أن يبتاعه كلَّه أو لا يبتاعَ منه شيئاً .

---

(١٢) « واختلف » ثابت في الأصل ، ساقط من نسخة ق ٣ . والصواب سقوطه .

(١٢ م) لعل الصواب فَتَبْتَاعُ أُمُّ المكاتب الخ .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إن الأُم بمنزلة الأجنبي في ابتياع بعض كتابة المكاتبة ، إذ لا يعتقُ المكاتبُ بابتياع أمه جزءاً من كتابته ، وإنما يعتق إذا ابتاعه كتابَته كَلَّها ، لأنها تسقط عنه بابْتِيَاعِهَا له على ما مضى في رسم يشتري الدورَ من سماع يحيى فيعتق بذلك ، وقد مضى تحصيلُ الاختلاف في بيع جزءٍ من كتابة المكاتب في رسم نَذَر سنة من سماع ابنِ القاسم فلا معنى لإعادته ، وتكررت المسألةُ في رسم الكبش من سماع يحيى وفي رسم المدبر من سماع أصبغ وبالله التوفيق .

من سماع موسى ابنِ معاوية من ابنِ القاسم

قال موسى ابنُ معاوية : قال ابن القاسم في رجل أعطى رجلاً كتابةَ مكاتبه في صحته فعجز عن المعطَى ، فقال مالك : هو الذي وُهِبَتْ له كتابتُه ، وهو بمنزلة من ابتاعه ، وكذلك قال لي مالك ، قال أبو زيد ابنُ أبي الغمر عن ابن القاسم : ولو أنَّ رجلاً أعطى رجلاً في حياته وصحته كتابةَ مكاتبه فعجز عنه المعطي كانت رقبتُه لسيده المعطِي .

قال محمد بن رشد : روايةُ ابي زيد هذه خلافُ ما يأتي له في سماعه بعد هذا ، مثلُ رواية موسى ، وقد ذكر ابنُ المواز عن مالك فيمن وهب لرجل نصفَ كتابته أوجلَّها ثم عجز فإنَّ له بقدر ذلك من رقبته ملكاً مثلُ البيع ، وقاله أشهبُ وأصبغ ، وذكر أبو بكر ابن محمد عن أشهب مثلَ رواية أبي زيد هذه ، والقياس أن لا فرق في هذا بين البيع والهبة ، وأن تكون له رقبتُه إذا وهبت له كتابته فعجز عَمَّا كان يكون له إذا اشتراها فعجز ، وكذلك إذا وَهَبَ له منها جزءاً أو نجماً بغير عينه فعجز يكون له من رقبته بقدر ذلك الجزء أو بقدر النجم من عدد النجوم ، ورأى على إحدى روايتي أبي زيد وأحد قولي أشهب

أنَّ الواهبَ للكتابة إذا قصد الى هبة المال لا إلى هبة الكتابة على ما يوجبه الحكم في شرائها من أن تكون له الرقبةُ إن عجز عنها ، وليس ذلك بين وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل ابنُ القاسم عن العبد تكون له أُمُّ ولد فيكاتبه سيدُه عليها ويجعل كتابتهما واحدة ، قال : يحرم فَرْجُها على سيده ويكون ذلك كالانتزاع منه .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله لأنه إذا كاتبها معه فقد انتزعها منه فوجب أَنْ تحرم بذلك عليه ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قال ابنُ القاسم في المكاتب يقول لسيده : أمْحُ عني كتابتي واردني على حالي التي كنت عليها هل له أن يفعل ذلك به ؟ قال ابنُ القاسم : سألنا مالكاً عن المكاتب يعجز نفسه ويرضى بفسخ الكتابة وسمعته غير مرة وهو يقول : إن كان له مالٌ ظاهرٌ لم يكن له أَنْ يعجز نفسه ، وإن كان له مال صامت لا يُعْرَفُ وعَجَّزَ نفسه ورضي بفسخ الكتابة رأيت ذلك له دون السلطان .

قال محمد بن رشد : هذا نص ما في المدونة وهو المشهور في المذهب أنَّ المكاتب ليس له أن يعجز نفسه إذا كان له مال ظاهر وإن رضي بذلك سيده ، لأن الكتابة يتعلق فيها حق الله تعالى ، وقيل إن للمكاتب أن يُعجِّز نفسَه وإن كان له مال ظاهر ما لم يكن له بنون صغار ، قاله ابن عبد الحكم في مختصره عن مالك ، ومعناه إذا رضي بذلك سيدُه خلافاً للشافعي في قوله إنَّ ذلك له وإن أبى سيدُه بالكِتابة على رواية ابنِ عبد الحكم عن مالك

كالبيع الذي لا يتعلق فيه حقٌّ لغير المتبايعين فتجوز الإقالةُ بينهما فيه ، والقولُ الأول أظهرُ ، لأن الكتابَةَ عقد من عُقود الحرية فلا يجوز إبطاله إلَّا من ضرورة ، والشافعي لا يرى في الكتابة حقاً إلَّا للعبد فيراه أحقَّ بالتمسك بها وبنقضها ، وقولُ مالك أصح لأنها عَقْد معاوضة بتراضيهما ، فإذا لم يكن للسيد الرجوعُ فيه وجب أنْ لا يكون للعبد الرجوع فيه .

وأما إذا لم يكن للمكاتب مالٌ ظاهر فحجد أنْ يكون له مال باطن وأراد أنْ يعجز نفسه وأبى السيدُ ذلك عليه لم يكن له ذلك إلَّا بإذن السلطانِ كما أنه إذا أراد السيد تعجيزه وأبى هو من ذلك لم يكن ذلك إلَّا بالسلطان .

واختلف إذا أجابه سيدُه إلى ما دعا اليه من تعجيزه نفسَه وصدَّقه فيما ادعاه من أنه لا مال له ، فقال في هذه الرواية وفي المدونة إنَّ ذلك له دون السلطان ، فإن عجَّز نفسه برضى سيده دون السلطان ثم ظهرت له أموال أخفاها مضى التعجيز وبقي رقيقاً ولم يرجع في الكتابة إلا برضاهما جميعاً ، وقال سحنون لَا يكون التعجيزُ إلا عند السلطان ، وهو قولُ ابن كنانة في المدنِيَّة ، فعلى قولهما إن عجز نفسَه برضى سيده دون السلطان ثم ظهرت له أموال كان أخفاها وجب أن يرد على كتابته ، وهذا القولُ أظهرُ على قياس القول بأن الكتابة يتعلق بها حق لله تعالى ، فلا يجوز للمكاتب أن يعجز نفسه اذا كان له مال ظاهرٌ وإن رضي سيده ، لأنه إذا لم يكن له مال ظاهرٌ فرضي سيدُه دون السلطان اتهما جميعاً على إسقاط حق الله تعالى في ابطال الكتابة ، والسلطان يكشف عن حال المكاتب إذا ارتفعا اليه ورضيا بالتعجيز ، فإن تبين له كذبه فيما يدعي من أنه لا مال له لم يمكنه من تعجيز نفسه ، وقد قال ابن القاسم في كتاب ابن المواز : إنه إن اتهم بمال وَلَدَدٍ رأيت عليه العقوبة ، وله أن يعجز نفسه إذا لم يكن له مال وإن كان صانعاً ، قاله ابنُ القاسم في كتاب ابن المواز ، قال محمد ٠ وأما إن كان له مال ظاهرٌ فلا يعجز نفسه ويؤخذ منه لسيده شاءَ أو أبى يريد بعد محله ويعتق وبالله التوفيق .

من سماع أصبغ من ابن القاسم

قال أصبغ : سئل ابنُ القاسم عمن قال لغلامه أكاتبك على أَنْ أعطيك عشرَ بقرات فإذا صارت خمسين فَأَنْتَ حُرٌّ هذه كتابتك ، فرضي الغلامُ بذلك ، قال ليست هذه عندي كتابةً ولا أرى لسيده أن يفسخها لما جعل له من العتق ، وهو عندي مثلُ ما يقول رجل إشهدوا إذا بلغت بقري هذه خمسين فغلامي حر ، ويُعطيه إياها ، وليس له أن يبيعها ولا يفسخ ما جعل له إلاَّ أن يرهقه قال أصبغ : لا يعجبني قولُه ، وأراها كتابةً ، وقد يجوزُ في الكتابة الغررُ والمجهولُ من المال والاجال ، ومن لفظِ الكتابة وفعلِها ما هو أكبر من هذا وأشدُّ ، ولا أرى أن يفسخ عنه حتى يتبين عجزُه عما قال بِأمرٍ بين .

قال محمد بن رشد : أصبغُ يراها كتابةً جائزة فلا يبطلها الدَّينُ المستحدثُ على أصله ومذهبه ، وقد نص على ذلك في رسم أول عبدٍ ابتاعه فهو حر مِن سماع يحيى ، وإلى قوله ذهب أحمدُ ابنُ ميسر فقال إنَّ له بيع الذكور وأحصى عددها وكذلك الإِناث التي انقطع ولَادتُها ولا يفسخُ ما جعل له وإن رهقه دين ، وقد مضى الكلامُ على هذه المسألة مستوفى في الرسم المذكور من سماع يحيى فلا معنى لإِعادته ، وإنما قال أحمدُ إن له بَيْعَ الذكور والإِناث التي انقطع ولادتها وأحصى عددها لأنَّ من حقه أن يَعُدَّها على سيده في العدد الذي كاتبه عليه كما يَعُدُّ عليه ما مات منها على ما قاله أصبغ فيما مضى من رسم سماع يحيى ، وقد بينا وجهَه وبالله التوفيق .

من كتاب المدبر

قال أصبغ : سمعت ابنَ القاسم يقول في الذي يُكاتب عبده

ويشترط عليه غيرَ ما مضى من عمل الناس في الكتابة وغيرَ وجه الكتابةِ مثل أنْ لا يخرج من عمله وخدمته حتى يؤدي ، وما أشبه ذلك .

فقال : أراه على كتابته ، والكتابةُ ثابتة لازمةٌ حتى يعجز ، والشرط لازم ولا يفسخ عنه لأنه ليس فيه حرامٌ مِن واحدٍ منهما لصاحبه ، وإنما هو رجل قال له إن دفعت الي عشرةَ دنانير في كل شهر مع خدمتك إياي فأنت حر فهو جايز ، وغيرُه أحسن منه مما يعرف من وجه الكتابة ، ولهذا جاز أن يشترط عليه أن يسافر معه، قال: وإن كانت خدمتُه بعد قضاء الكتابة بطلت عنه، قال أصبغ: لا يعجبني ما قال في إلزامه الشرطَ ، ولكن أرأيت إن ثبتت الكتابةُ وسقط الشرط كالذي يشترط وطء الأمة في كتابتها أو استثناء ولدها مما تلد أو مما يولد للمكاتب من أمته بعد ذلك رقيقاً وتمضي الكتابةُ على سنتها حتى يعجز ويسقط الشرط ولا يكون له أن يطأ ولا يرد الولد في الرق ، ولا تبطل الكتابة لِشَرطه ، فكذلك الخدمة ونحوها إلَّا خدمة موقته بسفر وما أشبهها حتى يعتق .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلامُ عليها مستوفى في سماع أشهب فلا وجه لإعادته .

مسألـة

وسئل عن بيع جزء من المكاتب نصفِه أو ثلثِه أو جزءٍ منه .

قال لا بأس بذلك ، ولا بأس أَنْ يبيع نجمـاً من نجوم المكاتب ، وذلك يرجع الى أن يكون جزءاً وذلك اذا اشترى نجماً من جميع نجومه وليس نجماً بعينه ، وقاله أصبغ .

قال محمد بن رشد : هذا من قول ابنِ القاسم خلافُ ما مضى من قول مالك في سماع يحيى وسحنون وفي رسم نذر سنةً من سماع ابن القاسم مثل قولِ اصبغ وسحنون فيه ، وقد مضى هنالك القولُ على ذلك مستوفى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

ومن كتاب الوصايا

قال أصبغُ وسمعت ابنَ القاسم وسئل عمن أوصى بخدمةِ جاريةٍ لِلإبنِ له حياتَه فإذا مات كُوتِبَتْ بعشرين ديناراً .

فقال : إن وسعها الثلثُ وُقِفت نجومُ الإبن إن أجازَ له الورثةُ الخِدمة وإن أبوا أن يجيزُوا الخدمة اقتسموا الخِدمة على الفرائض ما عاش الإبن الموصي له بالخدمة ، فإذا مات كوتبت بعشرين ديناراً كما أوصى الميت ، وتكون تلك الكتابة إن أدت بين من وَرِثَ الميتَ على فرائض الله ، وتعتق إن أدت ، وإن عجزت رقت وكانت بين من ورثه الميت على الفرائض رقيقاً لهم ، قال أصبغُ وَوَلاؤها إن أدت وعتقت للميت الموصِي بكتابتها وعصبته الذين يرثون الولاء من الرجال ، قال أصبغُ قال ابنُ القاسم : وإن لم يحملها الثلثُ خُيِّرَ الورثةُ بين أن يُنَفِّذَ ما أوصى له به ، قال أصبغ : فإن أنفذوا ذلك كان كخروجها من الثلث على مجرى ذلك سواء ، قال ابنُ القاسم : وتكون موقوفةً على الإبن في خدمتها إلى الأجل ، ويقتسمون الخدمةَ معه إن لم يُجيزوا له خدمة خاصة ويكاتبوها بعد ذلك ، قال أصبغ وبين أن يُعَجِّلوا لها الكتابة الساعةَ وتسقط الخدمة وتسعى فيها فتؤدي وتعتق أو تعجز فترق أو يُعتقوا منها ما حَمَل الثلثُ بَتْلاً ، ويسقط ما سوى ذلك كله إذا أبوا مَا فوقه .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة بينة لا إشكال فيها ولا موضعَ للقول إلاّ قول أصبغ إذا لم يحملها الثلثُ إنّ الورثة يخيرون بين أَنْ يُنفذوا الوصية أو يعجلوا لها الكتابة وتسقطُ الخدمة ويعتقوا منها ما حمل الثلث بتلا ، فإنما يكون ما ذَكَرَهُ من تعجيل الكتابة وإسقاط الخدمة إذا اتفق الورثةُ كلهم على ذلك الموصى له بالخدمة ومن سواه منهم ، فإن أبى ذلك أحَدُهم أُعتق منها ما حمل الثلث بتلاً إلاّ أن يجيزوا الوصيةَ على وجهها ، وقد تكررت هذه المسألة في آخر سماع موسى ابن معاوية وزاد فيها هذه الزيادة من قول ابن القاسم ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال في رجل أوصى لثلاثةِ نفر بكتابة مكاتبه ، أوصى لرجل بالنجم الأول ، وللثاني بالنجم الثاني ، وللثالث بالنجم الثالث ، فعجز المكاتبُ بعد ما قبض الأولان ، قال يرجع بين الثلاثةِ نفرٍ رقيقاً ويكون لكل واحد منهم بقيمة نجمه منه ولا يرجع الآخر على الأولين بشيء مما أخذا .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسألة وفي مسألة رسم الوصايا الصغير بعد هذا أن الموصِي لهم بجميع كتابةِ مكاتَبه ، ثم قال يأخذ فُلانٌ منهم منها النجم الأول ، وفُلاَنٌ النجم الثاني وفلان النجمَ الثالث .

وأما لو أوصى لأحد منهم بالنجم الأول من نجوم مكاتبه ، وللثاني بالنجم الثاني ، وللثالث بالنجم الثالث دون أن يتقدم من إيصائه لهم بجميع كتابته ما يكون هذا من قوله تفسيراً لما يأخذه كلُّ واحد منهم من الكتابة التي أوصى لِجميعهم بها لما كانت رقبته إن عجز إلا للموصي له بآخر نجم منها ، لأن من أوصى له بنجم بعينه من نجوم مكاتبه لو اشتراه أو وهب له لم يكن له حق في رقبته إن عجز بإتفاق إلاّ أن يكون النجم الذي اشتراه أو وُهب إياه أو

أوصى له به آخر نجوم المكاتب ، فيكون بمنزلة من اشترى جميعَ الكتابةِ أو وهبت له وأوصى له بها في أنه يكون له رقبتُه إن عجز فرده .

قولُه في هذه الرواية إذا أوصى لهم بجميع كتابةِ مكاتبه وقال أن يأخذ أحدُهم منها النجمَ الأول، والثاني النجمَ الثاني، والثالث النجم الثالث، فقبض الأولُ النجمَ الأول، والثاني النجمَ الثاني، ثم عجز المكاتَبُ في النجم الثالث : إنه يرجع رقيقا بين الثلاثة نفر على قدر قيمة نجومهم ، ولا يكون للآخر رجوع على الأولين بشيء مما أخذا هو أَنّ الأولَ والثاني إنما قبضا حقهما الذي أوصى لهما به من غير أن يُبَدِّيهما الثالث ، فوجب أن لا يكون له عليهما به رجوعٌ قياساً على ما قالوا في المكاتب بين الشريكين يحل عليه نجم من النجوم فقبض أحدُهما حقه منه ويُنظره الآخرُ بنصيبه منه ، ثم يعجز في النجم الثاني إنه يكون رقيقاً بينهما ، ولا يكون للثاني رجوعُ على الأول بما قبض من النجم الأول لِأنه إنَّما قبض حقَّه منه دون أن يُبديه به صاحبه على ما قال في رسم الكبش من سماع يحيى ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قلت فَلَو أوصى لرجل بنجم من نجوم مكاتَبِه فقال الورثةُ : نحنُ ندفع إليك نجما ، وقال هو : لا أرضى لَعَلّه أن يعجز فيكون لي فيه حق .

قال : إن كان النجمُ لم يحل فذلك له ، وإن حل فذلك لهم .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسألة أَنّ النجم الذي أوصى له به هو آخر نجم من نجوم المكاتب ، لأن من أوصي له بنجم بعينه من نجوم المكاتب وليس بآخر نجم من نجومه فلا حق له في رقبة المكاتب إن عجز .

وقوله إن كان النجمُ لم يحل فمن حق الموصي له أن لا يعجل له وأن يبقى حقُّه على المكاتب رجاءَ أن يعجز فيكون له في رقبته حقٌّ خلافُ قوله في رسم الوصايا الصغير من سماع أصبغ من كتاب الوصايا في الذي يوصي لرجل بألف درهم على مكاتبه ، فقال الورثةُ للمُوصي له : نحنُ نعطيك الألف وتكون جميعُ الكتابة لنا والعبدُ ، فأبى ذلك وقال يكون لي في العبد والكتابة لعله يعجز ، قال ليس ذلك له ، لِأن الظاهرَ من قوله فيها إن الكتابة لم تحل فإذا لم يكن للموصي له في ذلك حق وإن كانت لم تحل فأحرى أن لا يكون له في ذلك حق إن كانت قد حلت .

والاختلافُ في هذا جار على الاختلاف فيمن وهب كتابة مكاتب فعجزَ هل تكون له رقبته أو للواهب ؟ وقد مضى ذكر ذلك في سماع موسى ، وقد قيل إن تفرقتَه في هذه الرواية بين أن يحل النجم أو لا يحل مُبَيِّنٌ لما في سماع أصبغ من كتاب الوصايا لا خلافَ له ، إذ لا نَصَّ فيه على أن الألف لم تحل ، فمعناه انها قد حلت .

فيأتي هذا فيمن وهب كتابةَ مكاتب فعجز عنه ثلاثةُ أقوالٍ فيمن تكون له الرقبة ؟ **أحدهما** أنها تكون للواهب بخلاف البيع ، **والثاني** أنها تكون للموهوب كالبيع ، **والثالث** الفرقُ بين أن يكون قد حلت الكتابةُ أو لم تحل ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب الوصايا الصغير

وسُئِلَ ابنُ القاسم عن المكاتب يموت سيدُه وعليه ثلاثةُ آلافٍ فيوصي لرجل بالأولى وآخر بالثانية ، ولآخر بالثالثة ، فيستوفي الأولان منه ، ثم يعجز العبدُ قال : إن رَدَّا ما أخذا رجع أنصِبَاؤهما في العبد ، وإن لم يَرُدا رجع ما كان نصيبهما من العبد إلى ورثة الميت

المُوصِي ، قيل له : الذي يَرُدّ ان إلى من يُرَدّ انه؟قال: إلى العبد يكون في يديه .

قال محمد بن رشد : قد تقدم من قولي في الرسم الذي قبل هذا أنّ معنى هذه المسألة أنه أوصى لهم بجميع الكتابة ، ثم فَسَّرَ ما يأخذ كل واحد منهم منها من النجوم .

وقولُه في هذه المسألة إنهما إنْ ردا ما أخذا رجع انصباؤهما في العبدِ ، وإن لم يَرُدّا رجع ما كان يُصيبهما من العبد إلى ورثة الموصِي خلافُ ما تقدم من قوله في الرسم الذي قبل هذا ، ولكلا القولين وجهٌ ، وقد مضى وجهُ القولِ المتقدم ووجه هذا أن الموصِي لَمّا أوصى لهم بالكتابة معاً ثم بين ما يأخذ كلُّ واحدٍ منهم منها فقد ساوى بينهم في الوصية إلاّ فيما بدى بعضهم على بعض ، فوجب إذا قبض الأولان نجميهما ثم عجز في النجم الثالث أنْ لا يكون لِلأولين مشاركةُ الثالثِ في رقبة المكاتب إلاّ أن يَرُدّا عليه ما يجب له مما قبضا من المكاتب ، وهو ثلثُ ما قبضا منه ، وهو معنى قوله إنهما يردان ذلك إلى العبد لأنهما إذاردًا ذلك إلى العبد ورجعا معه في رقبته فقد استووا جميعاً فيه ، وفيما قبضا منه ، ولا يلزمهما أن يَرُدّا إلى الثالث ما يجب لهما مما قبضاه من المكاتب إذْ لم يبدئهما بذلك ، ومن حقهما أن يتمسكا بما قبضا منه ويرجع حظهما من رقبة العبد لورثة الموصي كما قال في الرواية ولو أوصى لهم الميتُ بالكتابة ولم يَخُصّ لواحد منهم نجماً بعينه فَحَلّ النجمَ الأول والثاني فَبَدأ أحدهم صاحبَه بهما على أن يقبضَ هو النجمَ الثالثَ فعجز فيه للزمهما أَنْ يردا عليه ما يجب له من النجمين اللذين قبضاهما ويرجعا معه في رقبة المكاتب على ما مضى في رسم الكبش من سماع يحيى في المكاتب بين الورثة ، وهذا القول أظْهَرُ من القول الذي تقدم في الرسم الذي قبل هذا ، وبالله التوفيق .

من سماع أبي زيدٍ
ابن أبي الغمر من ابن القاسم

قال أبو زيد : سئل ابنُ القاسم عمن كاتب عبده ثم دَبره ، قال : يُنظر إلى أدنى القيمتين من قيمة رقبته أو قيمة الكتابة فَجُعِلَتْ في ثلث الميت .

وإن دبره ثم كاتبه لم يجعل فِي ثلثه إلاّ قيمة رقبته .

قال محمد بن رشد: أما إذا كاتبه ثم دبره فقولُه إنه يجعل في الثلث الأقلُّ من قيمة الرقبة أو قيمة الكتابة فهو بين على ما قاله ، ومثله في المدونة في الذي يوصي بعتق مكاتبه ، وقيل الأقل من قيمة الرقبة أو عدد الكتابة ، والقولان في المدونة .

وأما إذا دبره ثم كاتبه ففي قوله إنه يجعل في الثلث قيمة رقبته نظرٌ ، لِأنهُ إنما يُقَوَّم يوم يُنظر في الثلث وهو مكاتب بعد ، فلا فرق في القياس والنظر بين أن يدبره ثم يكاتبه ، أو يكاتبه ثم يدبره فيما يجب أنْ يُجعل في الثلث ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال في مكاتب بين رجلين أوصى أحدُهما صاحبَه في مرضه فقال ثلثُ النصفِ الذي لي في فلان المكاتب لِفُلان أخي ، والثلثُ حر ، ثم هَلَكَ وهلك المكاتبُ عن مالٍ كيف يورث ؟ قال : على خمسة أسهُم ، فيكون لشريكه ثلاثةُ أسهم من خمسة ويكون للذي أوصى له ثلثُ النصف سهم ، ولورثته سهمٌ من خمسة ، وذلك بعد مَا يستوفون ما لهم فيه من الكتابة ، وإن قال ذلك في صحتِه ثم هلك

المكاتبُ عن مال كان للذي لم يعتق ثلاثةُ أسهم من ستة ، ولشريكه سهمان من ستة ، وللذي تُصدِّقَ عليه بسدس العبد سهم من ستة ، وذلك بعد أن يستوفوا من ماله بقيمة كتابتهم .

قال محمَد بن رشد : هذا بينٌ كلُّه صحيحٌ على معنى ما في المدونة وغيرها لأن الثلثَ من نصف المكاتب الذي أوصى أحدُ الشريكين فيه بعتقه يُعتق في ثلثه ، وإن أُعتق ثلثُ النصف منه بقي فيه من الرق خمسةُ أسداسه فيها يورث ، لِأن المكاتب عبدٌ ما بقي عليه من كتابته شيءٌ ، والعبدُ لا يُورثُ بالحرية حتى لا يبقى فيه شيء من الرق .

وأما إذا قال ذلك في صحته فلا يوجب ذلك له عتقاً ، لِأن عتق بعضِ المكاتب في الصحة وَضْعٌ وليس بعتق فوجب أَنْ يُورث على أن جميعَه رقيقٌ ، فيكون للشريك فيه نصفُ ميراثه ، وللمتصدق عليه بثلث نصفِهِ سدسُ ميراثه وللمتصدق المعتق ما بقي وهو الثلث ، لِأن عتقه ليس بعتق إنما هو وَضْعٌ واللَّه الموفق .

مسألــة

وقال في رجل كاتبَ عبداً له ، ثم وهب لرجل نجماً من نجومه ، ثم عجز العبد .

قال : يكون له في رقبته حصةٌ بقدر النَّجم الذي وهب له .

قال محمد ابن رشد : هذا كما قال ، لأنه وهبَه نجماً من نجوم مكاتبه بغير عينه ، فقد حَصلَ شريكاً معه في جميع كتابته على الإشاعة بِمَا يقع ذلك النجمُ من جميع النجوم على قدر قيمة من قيمته جميعاً ، وصار ذلك كأنَّهما كاتباه جميعاً، فوجب إذَا عجز في آخِرِ النجوم أن تكون رَقبتُه بينهما كالمكاتب بين الشريكين يعجز ، وهذا خلاف ما تقدم له من رواية أبي زيد عنه

في سماع موسى ابن معاوية ، إذ لا فرق في هذا بين هِبَةِ جميع الكتابة أو نجما بغير عينة ، وقد مضى هنالك التكلمُ على ذلك فلا معنى لإعادته ولابن القاسم في كتاب ابن المواز ، قال : فإن وهبه نجماً منها بعينه في صحته فلا يكون له من رقبته شيء إن عجز ، وكأنه هبةٌ لمال ذلك النجم ، وقد مضى في رسم الوصايا ورسم الوصايا الصغير أيضاً من سماع أصبغ ما ظاهره أن الموصي له بنجم بعينه يصير له من رقبة المكاتب إن عجز بقدر ذلك النجم من جميع الكتابة ، وهو بعيدٌ في المعنى فتأولناه على أنه إنما تكلم في ذلك على نجم بغير عينه وبالله تعالى التوفيق .

مسألـــة

وقال في رجل أعتق مكاتبه إلى عشر سنين .

قال : يخير المكاتبُ بين أنْ يُسقِـط الكتابة ويعتق إلى عشر سنين أو يكونَ على كتابته .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لِأن العتقَ إلى أجلٍ عقدٌ لازم لَا يُبطله شيءٌ يَحْدُث بعد ، فهو أوجب من الكتابة ، إذ قد يعجز عنها فيرجع رقيقاً ، فلذلك قال: إنه يخير بين أنْ يُسقط الكتابةَ عن نفسه ويبقى معتقاً إلى أجلٍ ، وبين أن تبقى كتابتُه ، وإنما يُخيّر بين الأمرين ما لم يُنَفِّذْ عتقَه إلى الأجل ، وأما إن أنفذه فإما أن يُخيّر بين أن يُسقطَ الكتابة وبين أنْ يبقى على كتابته مع العتق المؤجل ، فإن أدى كتابتَه قبل الأجل خرج حُراً بِأداءِ الكتابة وإن حلّ الأجل قبلَ الكتابة سقط عنه ما بقي عليه منها وخرج حراً ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل عن مكاتب بين ثلاثة نَفَرٍ ، قاطعه أحدُهم بإذن صاحبه وتَمَسّك الثاني ، ووضع الثالث ، ثم عجز المكاتبُ .

قال : إن رَدَّ الذي قاطع نصفَ ما في يديه إلى الذي تَمَسَّكَ كان العبدُ بين الثلاثة بالسواء ، وإن أبى أن يرد شيئاً لم يكن له في العبد شيءُ ، وكان العبد بين الذي تماسك وبين الذي وَضَعَ بنصفين .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأن الذي وضع منهم حظه من الكتابة لم يُسقط بوضعِه حظه منها حقه في الرقبة إن عجز عما بقي منها لشركائه ، فإن عجز وبقي الذي قاطع على ما قاطع به كان المكاتبُ بين الذي وضع وبين الذي تماسك بنصفين كما قال ، وإن أراد الذي قاطع أَنْ يرجع على حظه في رقبة المكاتب قيل له رُدّ نصفَ ما قاطعت به ،لِأن الذي وضع لا حق له فيما قاطعتَ به إذْ قد كان وضع عن المكاتب ما كان له عليه ، ولو كانت مقاطعتُه إياه بغير إذنِ شريكه لم يكن له أنْ يرد نصفَ ما قاطع به ويرجع في رقبة المكاتب ، ولكان الخيارُ في ذلك إلى الذي تماسك بالكتابة وبالله التوفيق .

مسألـة

وقال في رجل كاتب عبدَه على أن يأتيه بعبده الآبِق أو بعيره الشارد إنَّ الكتابةَ جايزة ، وعليه أن يأتي بالعبد أو بالبعير ، فإن لم يأت به وأيس منه عجز .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، والكتابةُ على هذا تشبيهِ للْجُعْلِ الجايزِ ، وهي جايزة ، والأصل في جوازها ما جاء من أنَّ سلمان الفارسي كاتب أهله على مائتي وَدِيَة يُحْيِيهَا لهم ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا غرستها فأذني ، فلما غرسها أذنه فدعا له رسولُ الله صلى الله عليه وسلم فلم تمت منها ودية واحدةٌ وقد مضى هذا في رسم أشهب وبالله التوفيق .

مسألـــة

وقال في الرجل يكاتب أَمَتَهُ وهي حامل لم يعلم به ، أيكونُ مُكَاتَبَاً مع أمه أم لا ؟ قال لي مالك : نعم يكون مكاتَبَاً مع أمه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، ولا اختلاف فيه أعلمه والأصلُ في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه : كُلُّ ذَاتِ رَحِمٍ فولدُها بمنزلتها .

مسألـــة

قال أبو زيد : وسئل ابنُ القاسم عن تفسير المسألة التي في كتاب المكاتب من الموطا في الذي يضع عن مكاتبه نجماً من نجومه أولها أو آخرها أو وسطها في الوصية وما ذكر فيها من قسمة قيمةِ العبد علي تلك النجوم ويُقَدَّرُ قربُها من الأجل وبعدها .

قال ابنُ القاسم تفسيرُ ذلك أن يكون على المكاتَب ثلاثُ مائة دينار ، في كل نجم مائةٌ ، فإن كان وَضَعَ المائةَ الأول نُظِركم قيمتها نقداً أن لو بيعت في قرب محلها ؟ لأن النجمَ الأول ليس مثل آخرها في القيمة ، ويُقَوَّمُ على ذلك على قدر مال العبد وملائه في الأداء ، فإن كان قيمتَها خمسون ديناراً قلنا كم قيمة الثاني بعده ؟ فإن قيل ثلاثون ديناراً قلنا كم قيمة الثالث الذي بعدهما ؟ فإن قيل عشرون ديناراً كان للذي أوصى له من ذلك نصف رقبته ، ثم يُنظر إلى ذلك فإن كان أقلَّ في القيمة من نصف قيمة رقبته أو قيمة النجم الأول فيُوضع ذلك في ثُلُثِ مال الميت ، فإن خَرَجَ من الثلث عتق ، ولا يُنظر إلى قيمة الكتابة في النجم الأول إن كان قيمةُ نصفِ رقبته أَقَلَّ ولا إلى قيمة نصف رقبته إن كانت قيمةُ النجم أقلَّ ، لأنه إذا أعتق نصفه والذي أخذ من الكتابة نصفُها فيُوضَع ذلك في ثلث مال الميت

على ما أحب ورثةُ الميتِ أو كرهوا ، وإن وضع عنه الأوسط أو الآخر فعلى هذا يحسب ، ويدخل في ثلثَ الْميت الذي هو أَقَلُّ أبداً ، ولا يدخل في ثلث الميت قيمةُ النجم الأول ولا الثاني ولا الثالث ان كان ذلك أكثرَ من قيمة ما يصيب من رقبته ، لأنه لو وضع عنه ذلك كله لم يدخل في مال الميت إلّا الذي هو أقلُّ من قيمة الكتابة كان أو قيمة رقبته .

وكذلك النجمُ بعينه إنما يدخل في ثلث مال الميت قيمة أو قيمة ما يصيبه من قدر رقبته ، لأنَّ الوصايا تدخل معه فيكون ذلك خيراً لأهل الوصايا أن يُتِمُّوا وصاياهم ، وليس على الورثة في ذلك ضررٌ .

وإن كان النجم الأقل هو نصفه ولم يترك الميت مالاً غيره خُيِّرَ الورثةُ بين أن يضعوا هذا النجمَ بعينه ويعتق الذي كان يصيبه من قيمة رقبته ، وهو النصف ، ويسقط ذلك النجم بعينه ويكون له النجمان الباقيان ، فإن استَوْفَوا فذلك ، وإن عجز ورق عتق منه إلّا نصفه ، وإن أبوا أَنْ يُجِيزُوا ذلك عتق ثلثه ، ووضع عنه من كل نجم ثلثُه ، فإن عجز كان ثلثُه حراً وثلثاه رقيقاً لهم ، وهذا وجهُ ما سمعت وبلغني عنه ممن أثِقُ به .

قال محمد بن رشد : هذا صحيحٌ من قوله وبين من تفسيره على قياس ما في المدونة وغيرها من أنَّ من أوصَى بعتق مُكَاتَبِهِ يوضع في ثلثِ الميت الأقل من قيمة رقبته أو قيمةِ كتابتِه ، وقد مضى هذا في أول سماع أبي زيد وغيرِه فلا معنى لإعادته .

من مسائل نوازل سئل عنها سحنون

قال سحنون في نصراني كاتب عبداً له نصرانياً بمائة قسط من خَمْرٍ ، فأسلم المكاتَبُ بعد ما أدى نصفَ الخمر ، قال : يكون على المكاتَبِ نصفُ قيمته عبداً قنا ، أو يكونُ عليه نصفُ كتابة مِثْلِهِ في قوته على السعاية .

قيل له : فإن أسلمَ السيد ولم يسلم المكاتب ؟ قال : هو كما أخبرتك ، من أسلم منهما فهو على ما أخبرتك .

قال محمد بن رشد : قولُه إنه يكون عليه لسيده إذا أسلم أحدُهما نصفُ قيمته أو نصف كتابة مثلِه ليس على سبيل التخيير لأحدهما في ذلك ، وإنما هو قولان ، فمرةً قال إنه يكون عليه نصفُ كتابة مثلِه لأن ما بقي من الكتابة هو الذي بطل بإسلام من أسلم منهما إذْ لاَ يصح أَن يُقْضَي بالخمر لمسلم ولا على مسلم ، وهو قولُ ابن الماجشون في الواضحة أن يكون عليه حصةُ ما بقي من كتابةِ مثلِه فإن بقيَ نصفُ الخمر والخنازير طالبه بنصف كتابة مثلِه إنْ ثلث فثلث ، وإن ربع فربع ، ومرة كان يقول عليه نصفُ قيمة رقبته ، ووجه ذلك أنَّ المكاتب لَمَّا كان عبداً ما بقى عليه من كتابته شيءٌ فَبَطَلَ ما بقى من كتابته بإسلام من أسلم منهما وجب عليه نصفُ قيمة رقبته إن كان بقي عليه نصف ما كاتبه عليه من الخمر والخنازير ، إذ قد كان يُمْكِنُ أن يعجز عنها فيرجع رقيقاً ، والقولُ الأول أظهر والله أعلم .

مسألــة

وسئل عن مكاتبة وطئها سيدُها فحملت ولها مالٌ كثير هل تكون بالخيار في أن تكون على كتابتها أَمْ تكون أُمَّ ولد ؟ قال : نعم إن أرادت أن تكونَ أُمَّ ولد فذلك لها .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه أحفظه ، إذ ليس ذلك منها كتعجيز المكاتب نفسَه وله مال ظاهر أن لا ترجع رقيقاً باختيارها أَن تكون أُمَّ ولد لسيدها ولا تنقل بذلك ولاءَها عنه ، ولا فيه ضررٌ على أحد إذا لم يكن معها أحدٌ في كتابتها فوجب أن يكون ذلك لها ، ولو كان معها أَحَدٌ في كتابتها لم يكن ذلك إلاَّ برضاهم إلاَّ أن تكون هي أقدرَ على السعي منهم وتخاف عليهم العجزَ بذلك فلا يكون ذلك لهم وإن رضوا، وقال بعضُ الرواة لا يكون ذلك لها وإن رَضُوا ورضيت إذا كان قِبَلَهم من السعي ما قِبَلها ، لأنه لا يُدري ما يؤول إليه مالُهم ، وإذا رجعت أُمَّ ولد برضاها ورضاهم حُطَّ عنهم من الكتابة مقدارُ حصتها ، وسواءٌ على مذهب مالك وطئها طائعةً أو أكرهها ويؤدبُ في الحَالتين جميعاً إلاَّ أن يُعذر بحبها له ، وأَدَبُه في استكراهه أَشَدُّ .

وقال سعيدُ ابنُ المسيب وابراهيمُ النخعي : إذا وطِىءَ الرجل أمتَه فحملت كانت أُمَّ ولد له وبطلت كتابتُها .

وقال ربيعة : إن طاوعته بطلت كتابتُها وكانت أُمَّ ولده ، وإن أكرهها فهي حرة وولدها على كل حال لا حق به ، وهذا كله في المدونة وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن رجل أوصى أَنْ يُكَاتَبَ عبدهُ ويُعْطي رَجُلٌ سماه عشرة دنانير ، وليس له مال غير العبد .

قال : يقال للورثة أتُجِيزُون ما أوصى به الميت ؟ فإن قالوا نعم نجيز ذلك ، وإن قالوا نحن نجيزُ الكتابة ولا نجيز ما أوصى به الميت لهذا الرجل قيل لهم كاتبوه ، ثم يُقَالُ لهم إنما لكم من هذا المكاتب الثلثان وليس لكم الثلث ، فاختاروا ، فإن شيئتم فادفعوا الى هذا

الموصى له بالعشرة دنانير ما أوصى له به ، ولكم ثلث كتابته ، وإلاَّ فاسلموا اليه ثُلُثَ كتابة المكاتب .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله إنهم إذا أجازوا الكتابةَ فهم يخيرون بين أن يسلموا ثلثَها إلى الموصى له بالعشرة ، أو يسلموا له العشرة ، لأن ثلث الكتابة هي ثُلث جميع مال الميت إذا لمْ يكن له مالٌ سوى العبد الذي أجازوا وصية المكاتب بكتابته ، ولو لم يجيزوا الكتابة أيضاً لم يكن عليهم أكثرُ من أن يُعتقوا ثلثَه بَتْلاً بما أوصى له به من الكتابة ، وتبطل وصيتُه بالعشرة ، لأن الوصية بالعتق مقدمة على الوصية بالمال ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عمن وطىء مكاتبةَ ابنِه فأولدَها هل تكون بالخيار إن شاءت كانت أُمَّ ولد للواطىء وإن شاءت كانت على كتابتها ؟ قال : ليس ذلك لها .

قيل له : لِمَ قال لأنه ليس لها أَنْ تنقل ولاءَها عن الابنِ الذي قد انعقد له إلى الأب ؟ قيل : فإن عجزت ؟ قال يكون الابنُ بالخيار إن شاء قَوَّمَها على أبيه فعل ، وقد روى في كتاب العرية أنَّ لها الخيار أن تمضي على كتابتها أو تكون أُمَّ ولد للأب .

قال محمد بن رشد : قد تقدمت هذه المسألة والكلامُ عليها في رسم العرية من سماع عيسى فلا وجه لإعادته وبالله التوفيق .

مسألــة

قيل له : فلو أنَّ رجلاً وطِىءَ مكاتبةً فأحبلها ولها مالٌ كثير فيه وفاء بكتابتها وفضلةٌ فاختارت أَنْ تكون أُمَّ ولد أيكونُ لها الخيار في أن تكون على كتابتها أَوْ تكون أُمَّ ولد ؟ قال : نعم ، قال سحنون :

وتكون نفقتها على السيد في حملها بمنزلة المبتوتة إذا كانت حاملاً إذا اختارت أنْ تمضي على كتابتها .

قال محمد بن رشد : قد مضى قبلَ هذا في هذه النوازل القولُ على وجه رضاها برجوعِهَا أُمَّ ولد وإن كان لها مالٌ ، وأمَّا قولُ سحنون إن لها النفقة في حملها فهو القياسُ على ما قاله ، ولأصبغ في الواضحة أنه لا نفقة لها ، والذي أقول به أَن لها النفقة إن أكرهها على الـوطىء ولا نفقة لها إن طاوعته ويحتمل أَنْ يُفسَّر قولُ سحنون وأصبغ على هذا فلا يكون في المسألة إختلافٌ وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال سحنون في مكاتب اشترى أمته وهي امرأة سيده هل يفسخ النكاح ؟ ولمن يكون حقُّها من زوجها ؟ قال : يُفسخُ النكاح ويكون الصداقُ للبائع إلاَّ أن يشترطه المبتاع .

قال محمد بن رشد : قوله إن النكاح يفسخُ إذا اشتراها معناه إذا اشتراها بإذن سيدها ، لأنه إذا اشتراها بإذنه دخلت معه في كتابته فصارت مكاتبته له ، ولا يجوز للرجل أَنْ يتزوج أَمتَه ولا مكاتبة .

وقولُه إنَّ الصداقَ يكون للبائع إلاَّ أنْ يشترط المبتاعُ صحيحٌ لأنه مالٌ لها ، ومالُ العبد للبائع إلاَّ أن يشتـرطه المبتـاع على ما أحكمتـه السنةُ عن النبي عليه السلام ، ومعنى ذلك إذا كان شراؤُه إياها بإذن سيده بعد أن دخل بها ، وأما لو كان اشتراها بإذنه قبلَ أن يدخل بها لم يكن لها صداقٌ ولا نصفُ صداق ، لأن كل نكاح يفسخ قبل الدخول لفساده فلا صداق فيه ، ولو اشتراها بغير إذن سيده لم تدخل في كتابته ، وإذا لم تدخل في كتابته فلا يفسخ النكاح بشرائه إياها فإن احتاج إلى بيعها في الأَدَاءِ عن نفسه باعها ، وإن أدى خرجت حرة ، وإن عجز كانت أمةً له وكان لسيده أن ينتزَعها منه إن شاء ؛

فإن فعل انفسخ نكاحُه ووطئها بملك يمينه وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال في مكاتب اشترى ابنَ مولاه هل يُعتق عليه أم لا ؟ قال سحنون : يكون رقيقاً في يد المكاتب .

قال محمد بن رشد : قد مضى مثلُ هذا من قول ابنِ القاسم في رسم يُديرُ مالَه من سماع عيسى والكلامُ عليه فلا معنى لاعادته .

مسألــة

وسئل عن المكاتب يموت ويترك مائة دينارٍ دَيْناً عليه من كتابته ويترك ثلاثَ أمَّهَاتِ أولاد له من كل واحدةٍ منهن وَلَدٌ واحدٌ فَشَحَّ كلُّ واحد منهم أَنْ تباع أمُّه فيما عليهم من الكتابة ، وقيمة كل واحدة منهن مائة دينار .

قال : يباع من كل واحدة منهن ثلثُها قيل : فلو كانت قيمتُهن مختلفةً فكانت قيمةُ واحدة ثلاثمائة دينار ، وقيمةُ الأخرى مائتان وقيمة الأُخرى مائة؟ قال: يباع من كل واحدة منهن سدسُها يُبَاع من الثمن قيمتُها ثلاثُمائة سُدُسُها خمسون ديناراً ، ومن التي قيمتُها مائة سُدُسُها ستة عشر وثلثان ، ومن التي قيمتها مائتان سُدُسها ثلاثة وثلاثون وثلث فجميع ذلك مائة .

قال محمد بن رشد : قد قيل إنه يُقرع بينهن فيمن يُباع في الدين اتفقت قيمتهُن أو اختلفت ، فإن اختلفت فخرج السهمُ على التي قيمتها مائة بيعت وعتقت الإثنان بعتق الولد ، وإن خرج السهم على التي قيمتها مائتان بيع نصفُها وعتقت الإثنتان بعتق الولد ، وإن خرج السهمُ على التي قيمتُها ثلاثُمائة بيع ثلثُها وعتق الباقيتان ، وهذا القولُ أيضاً لضرر الشركة في العتق في كل

واحدة منهن ، وهو الذي يأتي على ما رواه سحنون في أنه إذا لم يكن ولدٌ إلاَّ لواحدةٍ منهن إلاَّ بالقُرعة سوى الأم ، وَلَا تدخلُ الأم في القُرْعَةِ ، وعلى ما في المدونة إنما بِيع التي فيها نجاتهم كانت أمةً أو غيرَ أمة ، ولم يَرَ أن يبيع أُمَّه إذا كان في سواها من أُمَّهات أولاد أبيه كَفَافٌ لدَيْنه، ولم يتكلم في المدونة إذا كان لكل واحد منهن ولد ، والقرعةُ في ذلك أَوْلَى من قول سحنون في هذه الرواية وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل المغيرة عن رجل كاتب عبيداً له ثَلَاثَةً كتابةً واحدةً وبعضهم حُمَلَاءُ عن بعض ، ثم إنَّ بعض المكاتبين أبق وأبقى أصحابَه على حالهم فَعَجَّزَهم السلطانُ ثُم إن الآبِقَ قدِم ومعه قُوَّةٌ على أداءِ الكتابة كلِّها والسلطانُ الذي عجزهم قائمٌ لم يمت ولم يُعْزَل هل يعتق لحصته من الكتابة ، أو يُعتق هو وأصحابه ؟

قال : أرى أن الآبق من المكاتبين على كتابته إنْ جاء بها عتق الذين عُجِّزُوا من شركائه بما أدَّى عنهم من كتابتهم وكتابته .

قيل له : فهل يرجع المكاتبُ على شركائه في كتابته بما أدَّى عنهم بقدر حصصهم ؟ قال : نعم ، قيل ذَوُوا رَحِمٍ كانوا أو غيرَهم ؟ قال : نعم هو سواء في هذا الموضع ، لأن المَرْءَ يتبع في دينه أباه وأخاه وابنه ، ولو مات ورثوه فهؤلاء كذلك .

قال محمد بن رشد : قولُه في هذه المسألة وبعضهم حُمَلَاءُ عن بعض ظاهرُه أنهم لا يكونون حُمَلَاءَ بعْضهم عن بعض إذا كوتبوا كتابة واحدةً إلَّا أن يسترطوا ذلك ، وهو خلافُ ما في المدونة وغيرها .

وأما قولُه في آخرها إنه يرجع الآبِقُ الذي أدى الكتابة على من كان معه

فيها وإن كان ابنَه أو أبَاه أو أخاه فهو خلافُ نص مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة وغيرها ، وقد مضى تحصيلُ الاختلاف في هذا في رسم إن خرجت من سماع عيسى وبالله التوفيق .

من مسائل نوازل سُئِلَ عنها أصبغُ

قال أصبغ في الرجل يُوصِي أَنْ يُكَاتَبَ نصفُ عبده فقال : يقال للورثة إمَّا أَنْ تكاتبوا هذا العبدَ كلَّه حتى تجوز فيه وصيةُ الميتِ وإما أعتقتم من نصفِ العبدِ مبلغَ ثلث مال الميت لأنه لا يجوز أن يكاتب نصف عبده ، ولا بد من أن ينفذ له ما أوصى به له ويعتق ثلث ما بلغ مالُ الميت منه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، إنه إنما يعتق ما حمل الثلث من نصفه وإن كان الثلثُ يحملُ الرقبةَ كلَّها ، لأن الميتَ لم يوص في الجميع وإنما أوصى في البعضِ ، فللورثة حجةٌ في أَنْ لا يعتق منه بتلا أكثرُ مما أوصى به أَنْ يُكَاتَبَ منه ، وهي وصيةٌ فيها قربة على وجه لَا يجوزُ ، فوجبَ أن تنفذ وصيتُه لِلقربة التي فيها على الوجهِ الذي يجوز ، كما لو أَوْصَى أَنْ يُحَجَّ عنه على أن يقدم السعي على الطوافِ ما أشبه ذلك من مخالفة أمر السنة في الحج ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن رجل يُوصِي لرجل بثمن أبيه ، يقول بيعُوا فلاناً وأعطوا فلاناً ثمنَه إبْنَه أو يقول أعطوا ثمنَ فلان لفلان ، فَقَبِلَ ذلك الابنُ أترى أن يعتق عليه ؟ قال : لا أرى ذلك ، والوصيةُ جائزة له ، وأرى أن يُباع ويدفع اليه ثمنُه .

قلت له : أرأيت إن أوصى بكتابة مكاتبه وهو ابنُه أو أبوه أو بعضُ من يعتق عليه ، قيل وَلِمَ رأيتَ ذلك في الكتابة ولم تَرَهُ في ثمنه إذا قال أعطوا فلاناً ثَمَن فلانٍ ؟ قال : لأنـه إذا أوصى له بالكتابة أو أعطاه إياها فقد نزل منزلةَ الذي كاتبه إن أدَّى عتق ، وإنْ عجز رق ولم يعتق عليه إن ملكه ، فملِك الكتابةِ كملك الرقبة .

وأما إذا قال أعطوه ثمنَه فإنه يصير له الثمنُ بعدَ بيعه ، ليس بيعُه في يَدَى إبنِه ولا رقبتُه ، وإنما له ثمنُه إذا بيع ، فلا أرى عليه فيه عتقاً .

قال محمد بن رشد : قوله إذا أوصى له بكتابة من يعتق عليه فقيل ذلك إنَّه يعتق عليه معناه أنه أسقط عنه الكتابة فيعتق بذلك ويكون ولاؤُه للذي عقد كتابته ، وهو بين من قول ابنِ القاسم في رسم يشتري الدُّورَ من سماعِ يحيـىٰ .

وتفرقةُ أصبغ بين أن يوصي له بكتابة من يعتق عليه أو بثمنه بينة صحيحةٌ ، وقد مضى ذلك في سماع يحيى المذكور وبالله تعالى التوفيق . لا شريك له .

تَمَّ كتابُ المكاتب والحمد لله



كتاب الوديعة

من سماع ابن القاسم من مالك

قال سحنون : أخبرني ابنُ القاسم عن مالك فيمن استُودِعَ وديعةً فدفنها في أهله وأشهد عليها ، أو خَلَّفَهَا عند أهلِهِ أو استَوْدَعَهَا بعضَ إخوانه فهلكت ، قال : لَا ضَمَانَ عليه في شيء من ذلك .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة ليست على ظاهرها ، وفيها تقديم وتأخير، وتقديرها، قال ابنُ القاسم عن مالك فيمن استُودِعَ وديعةً فدفنها في أهله أو خلفها عند أهله او استَوْدَعَها بعضَ إخوانه وأشهد عليها فهلكت ، قال : لا ضمان عليه في شيء من ذلك ، وإنما وجب أن يُقَدَّر هذا التقدير ، لِأَنَّ من أُودِعَ وديعةً فدفنها في بيته أو خلفها عند أهله لا يجب عليه الإشهاد على ذلك ، إذ هو مصدق في ذلك ، قاله في المدونة وغيرها ، وإنما يجب عليه الاشهادُ إذا استَوْدَعَهَا غيرَه لحاجة دعته إلى ذلك من إرادته سفراً أو خرابِ منزلِهِ أو ما أشبه ذلك من الوجوه التي يعذر بها ، فمعنى قوله في الرواية او استَوْدَعَهَا بعضَ إخوانه يُريد عند سفره أو خراب منزله مع أنْ يُعلم ذلك ، فإذا أُودِعَ الرجلُ وديعةً فأَوْدَعَهَا غيرَهُ فتلفت عنده فهو ضامن لها إلاَّ أن تكون له بينةٌ إيداعها ويُعْلَمَ السببُ الذي من أجله أودَعَهَا ، إذْ لَا يُصَدق في شيء من ذلك دون أنْ يبينه وإذا عُلِمَ السببُ صُدق في أنه إنما اودع من أجله ، وكان القول في ذلك قوله .

وقوله في هذه الرواية إنه إذا خَلَّفَ الوديعةَ عند اهله فتلفت إنه لا ضمان عليه هو نص قوله في المدونة إنه لا ضمان عليه في الوديعة إذا أودعها عند امرأته وخادمه ، خلافُ قولِ أشهب إنه ضامنٌ في ذلك ، وقد قيل إن قولَ أشهب ليس بخلاف لقول ابن القاسم وروايته عن مالك ، وأن المعنى في ذلك أنه يضمن إذا كان العرفُ والعادةُ أَنَّ الناس لَا يَسْتَرْفِعُونَ أموالهم عند أهليهم ولا يَأْتَمِنُونهم على ذلك ، ولا يضمن إذا كان العرفُ والعادةُ أَنَّ الناس يسترفعون أموالهم عند اهليهم ويأمنونهم على ذلك ، فكلٌّ واحد منهم تكلم على غير الوجه الذي تكلم عليه صاحبه ، لأن قولهما مختلف ، فَعَلَى هذا الاختلافِ في ذلك بينهما إذا علم العرف والعادة في البلد ، وإنما يختلفان إذا جُهِلَ العرفُ في ذلك البلد ، فأشهبُ يضمنه حتى يقيمَ البّينة أَنَّ العرف والعادة في البلد أَنَّ الناس يأتمنون أهليهم على أموالهم ويسترفعونهم إياها ، وابنُ القاسم لا يضمن حتى يُقيم صاحبُ الوديعة البينةَ أن العرف والعادة في البلد أَنَّ الناس لا يسترفعون أموالهم عند أهليهم ولا يأتمنونَهم عليها ، والأظهر أنه إختلافُ من القول ، لِأن من حجة صاحب الوديعة أن يقول أنا إنما رضيتُ أمانَتَكَ ولم نعلم أَنَّكَ تأمر أهلك كَمَا يَفعَلُ الناسُ .

ويتحصل على هذا في المسألة ثَلَاثَةُ أقوال احدها انه لا ضمان عليه وان كان الناس لا يأتمنون أهلهم إذا كان هو مؤتمِنٌ أهله بماله ، وهو ظاهر ما في المدونة ، ووجه هذا القول أَنَّ المُودِعَ لما أودعه فقد علم أنه يحرزها في منزله كما يحرز ماله ، **والقول الثاني** أنه ضامن وان كان الناس يأتمنون أهلهم ، وهو ظاهر قولَ أشهب ، ووجهه أَنَّ صاحب الوديعة يقول إنَّما رضيت أَمَانَتَك لَا أمانة سواك إذْ لم أعلم أنك تأتَمِنُ أهلك كما يفعل الناس ، **والقول الثالث** الفرقُ بين أن يكون العرف والعادة في البلد أن يأتمن الناس أهليهم أو لا يأتمنون ، ولو كان الرجلُ لا يأمن أهله على ماله ولا يسترفعها اياه لضمن الوديعةَ إن دفعها إليها فتلفت ، وإن كان الفرقُ في البلد أن الناس يسترفعون أهليهم أموالَهم ويأتمنونهم عليها قولاً واحداً .

ولم يعط في المدونةِ جواباً بيناً في العبدِ والأجيرِ إذا كان في عياله فوضع عندهما ما أُودِعَ إياه فتلف ، والذي يأتي على مذهبه فيها أنه لا ضمان عليه إذا كان يأتمنهما على ماله ويسترفعُهُمَا .

ومن كتاب حلف لَيَرْفَعَنَّ أمراً إلَى السلطان

وسُئِلَ عن الوديعة يستودعها الرجلَ فيقر بها الذي هي عِنْدَهُ عِنْدَ نفرٍ من غير أن يُشْهَدَ عليه .

قال مالك : إن لهذه الأمور وُجوهاً ، أرأيتك لو تَقَادَمَ هذا حتى يمر به عشرون سنة ثم مات فقام صاحبُها يطلبها ؟ ما رأيت له شيئاً ، وكأني رأيته إن كان قريباً أن يكون ذلك له ، قال ابنُ القاسم : وذلك رأيي ، ولو كان إنما ذلك الأشهر والسنة وما أشبهه ثم مات ثم طُلِبَ ذلك الذي أقر به لرأيته في ماله .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال ، إن الرجل إذا أقر بالوديعة من غير أن يشهدها عليه ، ثم مات وقام صاحبُها يطلبها فلم توجد في ماله إنه لا شيء له اذا طالت المدةُ ، لِأنه لو كان حياً فادعى ردها أو تَلَفَهَا لكان القول قوله مع يمينه ، فإذا كانت على الميت اليمينُ فقد سقطت عنه بموته ، ويلزم من كان كبيراً من الورثة أن يحلف ما يعلم لها سَبَباً ، ولم يُحمل عليه إذا لم يوجد بعدَ طول المدة أنه قد استسلفها له إن كانت دنانير أو أكلَها إن كانت طعاماً ، أو استهلكها إن كانت عروضاً ، لِأن الأصلَ براءةُ الذمة فلا تعمر إلَّا بيقين ، ولأن ذلك كان يكون منه لو فعله عداء فعلى من إدعاه أن يُثْبِتَه ، وهذا كان القياسَ وإن لم تطل المدة ، لِأنه لو كان حياً فادعى أنه ردها أو تلفت لكان القول قوله في ذلك مع يمينه .

فتفرقته بين القرب والبعد إستحسان ، ووجهه أَنَّ الذي يغلب على الظن في البعد أنه ردها ، وفي القرب أنه استسلفها لِأَنَّ الودائع في أغلب الأحوال لا تُتْرَكُ عند المودَع الدُّهورَ والأعوام .

وقال في العشرين سنةً إنه طولٌ ، وكذلك العشرُ سنين على ما قاله في موضع آخر ، وقال في السنة وما أشبه ذلك إنه يسير ، فقيل إن ذلك خلاف لما في آخر كتاب الشركة من المدونة في الشريكين يموت أحدُهُما فيقيم شريكُهُ البينةَ أنه قد كانت عنده مائة دينارٍ من الشركة ، فلم يُوجَد ولا علم لها مُسْقِطٌ انها تكون في ماله ، إلَّا أن تطولَ المدةُ ، أرأيت لو كان ذلك مثلَ السنة لكان يُؤخذ ذلك من ماله ، وقيل إنها ليست بخلاف لها وهو الصحيح ، لأنها مسألة أخرى ، والفرقُ بينهما أنَّ للشريك التصرفَ في المال ، وليس للذي يُودَعُ أن يتصرف فيما أُودِعَ إياه وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله سن رسول الله صلى الله عليه وسلم

وسئل عن جارية وضعها رجل عند رجل فَأَنْفَقَ عليها ثلاثين صاعاً من تمر ، ثم جاء سيدُها فقال إِنَّمَا لك ثلاثون صاعاً ، وقال المُنْفِقُ بل لي بِسُوقِ يوم أنفقت واشتريت ، والطعامُ يوم جَاءَهُ صاحبُهَا أرخَصُ ، قال مالك : يحسب يومَ أنفق ، يعطي بذلك دراهم ، قال ابن القاسم : وذلك إذا كان المُنْفِقُ اشترى بالثمن ، فأما إن كان طعاماً أخرجه من عنده فليس له إلَّا مكيلَةُ طعامِهِ .

قال محمد بن رشد : قولُ ابنِ القاسم تفسيرٌ لقول مالك إنه إن كان اشترى الطعامَ فله قيمته يوم اشتراه ، لِأن الثمن الذي اشتراه به إذ قد تعين في الشراء فلا يلزم صاحبَ الجارية ما عين فيه ، وهذا مثلُ ما في كتاب السلم

الثاني من المدونة في الذي يبيع من الرجل الجارية على أَنْ يُنْفِقَ عليه حَيَاتَهُ إنَّ البيع يفسخ ويرجع المشتري على البائع بقيمة ما أنفق عليه ، وفي رواية أبي زيد أنه يغرم ما انفق عليه ، وليس ذلك باختلاف من القول ، ومعناه أنه يغرم له الثمنَ الذي اشترى به الطعام إن كان لم يكن في الشراء تغابن ، وقيمتَه إن كان فيه تغابن ، وقد قيل إن ذلك اختلافٌ والأولُ أظهر والله أعلم ، والحكمُ فيما يرجع به المنفقُ على الجارية الموضوعة عنده حكمُ الحميلِ يتحمل بالطعام فيؤخذ به فيشتريه للمتحمَّل له ، بِخِلَافِ من تطوع فأدَّى عن الرجل بغير أمره طعاماً عليه اشتراه بذلك، يرجع بالأقل من مثلِ الطعام أو الثمن الذي اشتراه به .

من سماع أشهب وابنِ نافع من كتاب الأقضية

قال سحنون : أخبرني أشهبُ وابنُ نافع قالاَ : سئل مالك فقيل له امرأة أعطتني ذُكْرَ حق لها على زوجها ثم ماتت وسألني زوجُهَا إِعْطَاءَهُ الذُّكر وهو زوجُهَا ومولاها وَلاَ وَارث لها غيرُهُ ، فقال يسأل فإن كان على المرأة دينٌ فلا تعطيه إياه ، وإن كانت لاَ دين عليها فأشهد عليه وأعطه إياه ، قيل إنَّ المرأة قد أوصت بوصايا فقال له هذه المقالة : أشهِد عليه وأعطِهِ إياه .

قال محمد بن رشد : ظاهرُ هذه الرواية أنه فرق بين الدِّين والوصايا ، فقال إنه لا يعطيه ذُكر الحق إن كان عليها دينٌ ، ويعطيه إياه ويشهد وان كان[1] عليها وصايا إذا لم يكن عليها دين ، وذلك لا يصح ، إذ لا فرق في هذا بين الدين والوصايا ، والواجبُ في هذا ان ينظر إلى ما عليها من الدَّين ، فإن كان لا يفي به ما تركت من المال سوى مَا لَها من الحق على زوجها لم

---

(١) كذا بالأصل ونسخة ق ٣ : زيادة الواو .

يدفع ذكر الحق اليه ، وإن كان يفي به دفع ذكر الحق اليه وأشهد به عليه ، وكذلك الوصايا أيضاً ينظر إليها فإن كان لا يفي بها ثلث ما تخلفت من المال سوى ما لها على زوجها لم يدفع ذكر الحق اليه ، وإن كان يفي بها دفع اليه ذكر الحق واشهد عليه ، والأولى أن لا يدفعه اليه بحال ، ويضعه على يدي عدل مخافة أَنْ يطْرأ عليها ديون لم يعلم بها ، فقولُهُ إن كان على المرأة دين فلا يعطيه إياه معناه دين لا يفي به ما تخلفت من المال سوى ما لَها على زوجها في ذكر الحق وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عمن بيده مالٌ ليس له ، أَلَهُ أن يسلفه ؟ قال : تركُ ذلك أحب الي ، وقد أجازه بعضُ الناس فراجعه فيها ، فقال : إن كان مالٌ فيه وفاءٌ وأشهدت على ذلك فلا بأس به .

قال محمد ابن رشد : وهذا كما قاله إنَّ تركَ ذلك أولى وأحسن ، ومعناه إذا كان له مال فيه وفاء وأشهد بذلك ، وأما إذا لم يكن له مال فيه وفاء فلا يجوز له ذلك وإن أشهد ، ومثله في سماع عبد الملك ابنِ الحسن من كتاب البضائع والوكالات من قول ابنِ وهب .

وقد اختلف إذا تسلف منها بغير أمرِ رَبِّها ثم رد ما تسلف ، هل يصدق في الرد ويبرأ بذلك من الضمان أم لا ؟ على أربعة اقوال ، احدها انه يُصَدَّق في ذلك ويبرأ من الضمان وهو أحد أقوال مالك وبه أخذ ابنُ القاسم واشهبُ وابنُ عبد الحكم وأصبغُ والثاني أنه لا يبرأ إلا أَنْ يرد بإشهاد ، قال ذلك مالكٌ ايضاً وبه اخذ ابنُ وهب وابنُ كنانة ولِمالك قولٌ ثالث أنه لا يبرأُ وإن أشهد لأنه دين قد ثبت في ذمته ، رواه المدنيون عنه ، ورواه عنه المصريون أيضاً ولم يقولوا به ،ولإبن الماجشون قولٌ رابع وهو تفرقته بين أن يكون المالُ مَصْرُوراً أو منثوراً .

ولو قال له صاحبُها تسلف منها إن شئت ، فتسلفَ لم يُبْرِه ردُّه إياها إلاَّ إلى ربها ، قال ذلك في كتاب ابنِ شعبان ، وهو صحيح لا اختلاف فيه ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب الأقضية

وسئل فقيل له كانت لي عند رجل ثلاثةٌ وعشرون ديناراً وديعةً فكنت آخذُ منها الشيءَ بعد الشيء حتى بقيت لي عنده ثمانية عشر دينار ، فسألته إياها فقال : وضعتُها في بعض حاجتي ، ولكن اكتبها عليَّ فكتبتها عليه بالشهود والبينة مؤرخةً فغبت ثم رجعت فتقاضيتُهُ إياها فجاء عليَّ ببراءة فيها مكتوب براءة لفلان ابن فلان من أربعة دنانير ليست إلاَّ ربعة[٢] مؤرخة ولا منسوبة من الثمانيةَ عشرَ ولا من الثلاثة وعشرين ، فهو يقول هي من الثمانية عشر ، وأنا أقول من الثلاثة وعشرين التي كانت لي عليك قبل أن أكتب عليك الثمانية عشرَ .

قال مالك ليست البراءةُ مؤرخة ولا منسوبة إلى ثمانية عشر ولا إلى ثلاثةٍ وعشرين ؟ وذكر حقي عليه مؤرخ بثمانية عشر ، فقال له : أيقر لك بأنه قد كان لك عليه ثلاثة وعشرون ديناراً ؟فقال: لا ، فأطرق طويلاً ثم قال : إن أقمتَ البينةَ أنه قد كانت لك عليه ثلاثة وعشرون ديناراً حلفت بالله ما هذه البراءة من الثمانية عشر ، وكانت لك عليه .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال إنه إذا أقر أنه كانت له عليه ثلاثة

---

(٢) كذا بالأصل ونسخة ق ٣ .

وعشرون ديناراً أو أقام عليه بذلك البينةَ كان القول قوله أنَّ البراءة ليست من الثمانية عشر وإنما من الثلاثة وعشرين ، ولو لم يقر بذلك ولا قامت عليه به بينة لكان القول قول المطلوب أن البراءة من الثمانية عشر باتفاق إن كان لم يكن بينهما مخالطةٌ ، وعلى اختلاف إن كانت بينهما مخالطة ، وقد مضى هذا في أول سماع أبي زيد من كتاب الشهادات بزيادات لها بيان وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عمن استودع صُبرَةَ حِنْطة فاسْتَنْفَقَ المستودَع الحنطةَ فلما جاءه الرجلُ فطلب قمحه ، قال قد استَنْفَقْتُهُ ، أنا أعطيك مثلَه ، قال الرجل إني قد كنت قد صورت ديناراً وطرحته في صبرة القمح ، أترى له أن يحلف ويأخذ الدينار منه أم يحلف المستودَع ويبرأ ؟ فقال : أرأيت لو قال جعلت فيها مائةَ دينار ؟ أرى أن يحلف ويبرأ ، قيل له كيف يحلف ؟ أيحلف أنه لم يكن في الصبرة شيءٌ ؟ أم يحلف على عمله ؟ فقال : لا ، ولكن يحلف ما أخذت شيئاً ولا علمت لك فيها شيئاً .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة صحيحة بينة لا إشكال فيها ولا اختلاف ، لِأن صاحب الطعام مدعِي ، وقد أحكمتْ السنةُ أنّ البينة على ما ادعى واليمين على ما أنكر ، هذا إن حقق الدعوى عليه أنه وَجَدَ الدينارَ وأخذه ، وإما إن لم يحقق عليه الدعوى أنه وجده ، يجري الأمر على الاختلاف المعلوم في لحوق يمين التهمة وبالله التوفيق .

من سماع ابن دينار من ابن القاسم من كتاب أوله إن خرجت من هذه الدار

قال عيسى : قال ابن القاسم : لو أن رَجُلًا استودع رجلًا متاعاً

فَعَدَا عليه عادٍ ، فأغرمه على ذلك المتاع غرماً لم يكن على صاحب المتَاع غرم شيء مما غَرِمَ عَنْ متاعه.

قال محمد بن رشد : قد قيل إن له أن يرجع على صاحب المتاع بما أغرم على متاعه ، وعلى هذا يأتي قولُ ابن وهب في المبسوطة في الخليطين يكون لأحدهما مائةٌ وعشرون شاة ، وللثاني ثلاثون شاة ، فيأخذ الساعي منه شاتين : إن الشاة الواحدة تكون على صاحب العشرين ومائة والثانية يَتَرَادّاهَا بينهما على عدد غنيمهما ، وقد مضى بيان هذا هنالك ، وهذا الاختلاف إنما هو فيما لم يعلم صاحبُ المتاع به ، وأما ما علم به مثلُ المتاع يتوجه به الرجل من بلد إلى بلد مع رجل وقد علم أن بالطريق مكاناً يؤدي الناس على ما يمرون عليه من المتاع ، فلا ينبغي أن يختلف في أنه يجب على رب المتاع للرجل ما أغرم على متاعه ، وقد رأيت ذلك لابن دحون ، وقال إنه بمنزلة الرجل يتعدى عليه السلطانُ فيُعرمه يتسلف ما يغرم فذلك بَيِّن لازم ، وهو حَلَالٌ لمن أسلفه ، ووجهُ ما ذهب إليه أنه لما علم إذا بعث المتاعَ معه أنه سيغرم عليه فكأنه سأله أن يسلفه ما لزم إياه من الغرم على متاعه ، ومن هذا المعنى ما قال سحنون في الرفاق في أرضِ المغرب يعرض لهم اللصوص فيريدون أكلَهم فيقوم بعضُ أهل الرفقة فيصالحهم على مال ، عليه وعلى جميع من معه ، وعلى من غاب من أصحاب الأمتعة فيريدون من غاب أنْ يدفع ذلك عن نفسه ، قال : إذا كان ذلك مما قد عُرف من سُنَّة تلك البلاد أَن إعطاء المال يخلصهم وينجيهم فإن ذلك لازم لمن حضر ولمن غاب ممن له أمتعة في تلك الرفاق وعلى أصحاب الظَّهْرِ من ذلك ما ينوبهم ، وإن كان يخاف أنْ لَا ينجيهم ذلك وإن أعطوا ، وكان فيهم موضعٌ لدفع ذلك ، فما أُحِبُّ لهم إلّا أن يدفعوا عن أنفسهم وأموالهم ، فإن لم يفعلوا وأعطوا على ذلك شيئاً لم يرجع بذلك على من غاب من أصحاب الأمتعة وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله
أسْلَمَ وله بنُون صغار

قال عيسى : وسئل عن الرجل يكون في يديه الودائعُ للناس وهو يعلم أنَّه ينفق منها فيموت فيوصي بودائعَ فيوجد في تابوته وتحت غلقه كيس فيه دنانيرُ وفي الكيس مكتوبٌ إنها لِفُلَانٍ وعددُها كذا وكذا ، فيوجد العددُ الذي كَتَبَ فيه أكثَر من عدد ما وجد فيه من الدنانير ، هل تَرَى نقصانَ عدتها مما في الكتاب في ماله ؟ فقال : إن قال شهيدان إن الخط خطُّه كان ذلك في ماله ، وإن لم يشهد على ذلك أحدٌ حلف الورثة أنهم لا يعلمون من ذلك شيئاً وَلَا شيء عليهم .

قال محمد بن رشد : قد مضى مثل هذا في رسم بِعْ ولا نقصان عليك من سماع عيسى من كتاب المديان والتفليس ، وزادَ أصبغُ هناك وكذلك لو وجد عليها خَطُّ صاحب الوديعة أَنَّهَا له مع كونها في حوز المستودَع وتحت غلقه لَقُضِيَ له بها ، وقد رأيت لابن دحون أنه لا يُقضي له بها لاحتمال أن يكون بعضُ الورثة أخرجها له فكتب عليها اسمه وَأَخَذَ على ذلك جُعْلاً .

ولا اختلاف في أنه لا يقضي له بها إذا وجد عليه اسمه ولا يُدْرَي من كتبه على ما يأتي في سماع أبي زيد بعد ، ولا في أنه يقضي له بها إذا وجد عليها اسمه بخط يد المتوفي المستودع إلاّ على مذهب من لا يرى الحكمَ بالشهادة على الخط في موضع من المواضع ، وقد مضى تحصيلُ القول في الشهادة على الخط في رسم الشجرة تطعم بطنين في السنة من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات ، فمن أَحب الوقوف على ذلك تأمله هناك .

مسألـــة

قال مالك : لو أَنَّ رجلًا استودع رجلًا قمحاً فاحتمله المستودَع إلى بلدٍ فأراد بيعَه فأدركه صاحبُهُ والقمحُ بيده لم يغيره لم يكن له أن يأخذه منه إلّا بالمكان الذي استودعه فيه ، وكذلك السلف ، وكذلك السارق لو سرق بالمدينة طعاماً فأخذه بمصرٍ لم يكن عليه أَنْ يُؤديه إلا بالمدينة ، ولو وجد بيده طعاماً بعينه ، قال عيسى : إذا كان الطعامُ هو طعام المسروق بعينه فله أن يأخذه حيث أدركه إن أحب .

قال محمد بن رشد : سَاوَى مالكٌ في هذه الرواية بين الوديعة والسلف والسرقة في أنه ليس للمودَع ولا للمقرض ولا للمسروق منه أن يأخذ طعامه إلا في البلد الذي أودعه فيه أو أسلفه فيه أو سُرِقَ منه فيه .

فأما السلفُ فلا خلاف فيه ، لأنه ان لو حكم له بأخذه في غير البلد الذي أسلفه فيه لكان قد ربح الحملان .

وأما الطعام الذي أودعه أو سرق منه فاختلف إن وجده بعينه في غير البلد الذي أودعه فيه أو سرق وهو[٣] قول ابن القاسم وروايته عن مالك ، والثاني أنه مخير بين أن يأخذ طعامه بعينه أو مثله في البلد الذي أودَعه فيه أو سرق منه فيه ، وهو قولُ عيسى ابن دينار في هذه الرواية من رأيه وقول ابن نافع وأشهب في رواية أصبغ عنه من كتاب الغصب ، والثالث تفرقة أصبغ من رأيه في سماعه من الكتاب المذكور بين أن يكون البلدُ قريباً أو بعيداً ، فقال في القريب بقول أشهب ، وفي البعيد بقول ابن القاسم ، قال : والظالمُ يحمل عليه بعضُ الحمل ، ولكن قاله في السرقة ، والوديعة مثله ، وفَرّقَ ابن القاسم بين الطعام والعروض والحيوان ، فقال في الطعام ما ذُكِرَ عنه من أنّه ليس له إلاّ

---

(٣) معاد الضمير ساقط من الأصل ومن نسخة ق ٣ .

طعامه بالموضع الذي أخذ منه ، وقال في الرقيق الذي لا يحتاج إلى الكراء عليهم في حملهم من بلد إلى بلد ، وفي الدواب ليس له إلّا أخذهم حيث وجدهم ، وقال في الرقيق الذي يحتاج إلى الكراء عليهم في حملهم من بلد إلى بلد وفي البز والعروض إنه مخير بين أن يأخذ ذلك في الموضع الذي وجده فيه وبين أن يأخذ قيمته في الموضع الذي أخذ منه ، وساوى أشهب بين ذلك كله في أنه بالخيار بين أن يأخذه حيث ما وجده ، وبين أن يأخذ مثلَ الطعام في الموضع الذي أخذه منه وقيمةَ العروض والحيوان في الموضع الذي أخذها فيه يوم أخذها ، وفرق أصبغ بين الطعام والعروض والحيوان ، فقال في الطعام بِقَوْلِ ابن القاسم إنه ليس له إلا طعامه بالموضع الذي أخذه منه إلّا أن يكون قريباً على ما ذكرناه عنه من تفرقته في ذلك بين القريب والبعيد ، وقال في العروض والحيوان بقول أشهب إنه مخير أن يأخذ ذلك منه أو قيمته في الموضع الذي أخذه منه ، وفرق سحنون أيضاً بين الطعام والعروض والحيوان ، فقال في الطعام بِقول ابن القاسم إنه ليس له إلّا طعامهُ بالموضع الذي أخذه منه ، وقال في العروض والحيوان إنه ليس له إلّا أخذ متاعه بعينه في الموضع الذي وجده فيه .

فيتحصل في العروض والحيوان ثلاثة أقوال ، أحدها أنه ليس له إلّا أن يأخذها حيث وجدها ، وهو قول سحنون ، والثاني أنه مخير بين أن يأخذها وبين أن يأخذ قيمتها في البلد الذي أخرجها ، وهو قول ، أصبغ وظاهر روايته عن أشهب في سماعه من كتاب الغصب ، والثالث تفرقة ابن القاسم بين العروض والرقيق الذي يحتاج إلى الكراء عليهم في حملهم من بلد إلى بلد ، وبين الدواب والرقيق الذي لا يحتاج على الكراء عليهم .

وفي الطعام ثلاثةُ أقوال أحدهما أنه ليس له إلّا مثلُ طعامه في الموضع الذي أخذ منه ، وهو قولُ ابن القاسم ، والثاني أنه له الخيار في أن يأخذه بعينه إن شاء والثالث تفرقةُ أصبغ بين القريب والبعيد ، فلا يقول أحدٌ منهم في

الطعام إنه يلزمه أَنْ يأخذه حيث وجده ، وإنما اختلفوا هل له أن يأخذه بعينه حيث وجده ، أو ليس له إلاّ مثله في الموضع الذي أخذ منه ، ولا في العروض والحيوان أنه ليس له أن يأخذها ، وإنما اختلفوا هل له أن يأخذها أو هل يلزمه أن يأخذها فهذا تحصيل القول في هذه المسألة ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب
جاع فباع إمرأته

وسألتُه عن الرجل يستودع الرجل الوديعة فيقبضها منه ، فيقولُ نقصت وديعتي ، ويقول المستودع بل هي وديعتُك كلُّها ، فيتداعيان إلى السلطان ، فيقول له المستودع أنا أريد سفراً فلا تشغلني عنه ، فإذا انصرفت مما ادعيت مما حلفت عليه فهو لك قِبَلي فَيَدَعهُ علي ذلك ، فلما انصرف قال : مَالَكَ قبلي شيء ، وإنما قلتُ ذلك ليلا تقطعني عن سفري ، قال : لا يلزمه ذلك ، ويغرم له كل ما حلف عليه المدعي .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال لِأن اليمينَ كانت واجبةً له على المودع ، فرضي بردها عليه ، فلزمه ذلك ، فلم يكن له عنه رجوع ، ولو قال دعني أخرج إلى سفري فإن لم أرجِعْ إلى وقتٍ كذا وكذا فأنتَ مصدق فيما تدعي مع يمينك ، لم يلزمه ذلك ، لِأنه مخاطرة خلافُ هذه المسألة ، حكى التفرقة بين الوجهين ابنُ حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ ، وما حكى ابنُ حبيب ومطرف وابن الماجشون وأصبغ من أنّ ذلك لَا يلزمه في الشرط هو على قياس قول ابن القاسم في الكفالة من المدونة في الذي يتكفل برجل إلى أجلٍ على أنّه إن لم يوافه به عند الأجل فهو ضامن للمال فلا يوافه به عند الأجل أن المال لا يلزمه إن أتى به بعد ذلك قبل أَنْ يُحكم عليه ، ومحمدُ ابنُ

عبد الحكم يقول إنّ ذلك لا يلزم المودع وإن كان قولُه على وجه الشرط ويحلف ويبرأ ، فإن نكل عن اليمين حلف ربُّ المال وأَخَذَ تَمَامَ وديعته ، ووجهُ قوله أنه عذر المُودَع بما اعتذر به من أنه إنما قال ذلك ليلا يُقْطَعَ به عن سفره ، ولو رد عليه اليمين دون سبب للزمه ذلك قولاً واحداً ، وإنما يُختلف إذا نكل عن اليمين فقال لا أحلف ولم يصرح بردها على المدعي ثم أراد أن يحلف بعد ذلك ، هل يكون ذلك له أم لا على قولين ؟ وأهلُ المشرق لا يرون رَدَّ اليمين على المدعِي ، فإذا نكل المدعى عليه عندهم عن اليمين كان نكولهُ كَالإقْرار ولزمه الحق ، وقد رأيتُ لابن دحون في هذه المسألة أنه قال فيها : إنما يصح هذا الجوابُ على أنَّ الوديعة كانت ببينة أو على قول من رأى اليمين على المودع إذا انتقصت الوديعة ، فإن لم تكن ببينة فكأنه رضي بِرَدِّ اليمين على المودع فلزمه ذلك ، ولم يكن له عنه رجوع ، وهو غيرُ صحيح ، لأنه لا خلاف في وجوب اليمين على المودَع في دعوى النقصان إن لم يكن على الوديعة بينة ولا في أن الغرم يلزمه دون أن يحلف ربُّ الوديعة إذا كانت عليها بينةٌ وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن الرجل يستودع الرجل ثلاثين ديناراً وبين يديه ثلاثون ديناراً فيجعلها في قرب التي بين يديه فتذهب منها عشرةٌ فلا يُدْرَي من أي ذهبت ؟ قال عليه أَنْ يدفع إلى المستودع ثلاثين تامة .

قال محمد بن رشد : قوله لاَ أدري من أين ذهبت معناه لا أدري الثلاثين التي ذهبت منها العشرةُ أَنْ كانت في المودَعة أو التي كانت بين يديه ، إذ لو عَرَفَ المودَعةَ من التي كانت بين يديه لَعَرَفَ من أين ذهبت بوجودها ناقصة إذا وزنت ، وجوابُه هذا في هذه المسألة إنما يصح على قول من قال في رجل قال هذه المائة وديعة عندي لفلان أو لفلان أنه يغرم لهما مائتين مائة لكل واحد منهما ، وأما على قول من قال إنهما يحلفان جميعاً

ويقتسمان المائة ولا يكون على المقر شيء فيأتي على قياس قوله في هذه المسألة إن ادعى المدع الثلاثين التي لم يذهب منهما شيء كانت له ، قيل بيمين وقيل بغير يمين على الاختلاف في لحوق يمين التهمة ، وإن لم يَدعِها وقال لا أدري أَيَتُهُمَا لِي أن كانت التي لم يذهب منها شيء أو الأخرى التي ذهبت منها العشرة ، فتكون مصيبةُ العشرة مِنْهَا ويقتسمان الخمسة الباقية بينهما بنصفين دون يمين ، وقيل بعد أن يحلف كلُّ واحد منهما ، لأنه لا يدري إن كانت العشرة ذهبت من متاعه أو من متاع صاحبه ، فإن حلفا جميعاً ، أو نكلا جميعاً عن اليمين على هذا الوجه كانت الخمسون بينهما بنصفين ، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر كانت الثلاثون للحالف بينهما وهذا الاختلافُ في اليمين على اختلافهم في لُحوق يمين التهمة ، وبالله التوفيق .

من سماع يحيـى ابن يحيـى
من ابن القاسم من كتاب الكبش

قال يحيـى : وسألتُه عن الرجل يكونُ معه عشرةُ دنانير لنفسه فيدفع إليه رجلٌ ديناراً استودعه إياه فيذهب منها دينار كيف يكونُ ضمانهُ عليهما ؟ قال : يأخذ صاحبُ العشرة تسعة دنانير ويقتسمان العاشرَ ويكون ضمانُ الذاهب بينهما بنصفين ، قلت له : فقولُ مالك إن صاحب الدينار يكون شريكاً في الأحد عشر ديناراً على حساب الدينار ، ولا يكون عليه من ضمان الدينار الذاهب إلّا سهمٌ من أحدَ عشر سهماً أَيُؤْخذ به ؟ قال : لا .

قال محمد بن رشد : هذا مثلُ ما في كتاب تضمين الصناع من المدونة وفي غيره من المواضع ، هو اختلافٌ مشهورٌ معلوم ، وسواء في هذا كان المودع صاحبَ العشرة الدنانير أو صاحب الدينار ، وسواء تَقَارًا على تلف

الدينار أو عُلِم ذلك ببينة إذا دعاه المودَع فصدق في ذلك بغير يمين أو بيمين إن كان مُتّهماً .

ولو دَفَعَ إليه ثلاثةَ دنانير إلى عشرته فضاع من ذلك دِينَارَان كان لصاحب العشرة ثمانيةٌ ولصاحب الثلاثة دينارٌ ويقتسمان الدينارين الباقيين بينهما بنصفين ، ولو ضاع من ذلك ثلاثةُ دنانير لكان لصاحب العشرة سبعةٌ ويقتسمان الثلاثة بينهما على نصفين ، وعلى قول مالك يقتسمان الأحَدَ عشر إن كان ضاع منها ديناران أو العشرةَ إن كان ضاع منها ثلاثةُ دنانير على ثلاثة عشر جزءاً ، والحكمُ في الشيء يتداعى فيه الرجلان فيقول أحدهما : لي جميعه ، ويقولُ الآخر : لي عُشُره يجري على هذا الاختلاف إذا لم يكن في يد واجدٍ منهما باتفاق ، واختلف إن كان بأيْدِيهما جميعاً ، فقيل انه يجري على هذا الاختلاف أيضاً بعد أيمانهما ، وقيل إنّ القول قولُ الذي ادعى العُشُرَ مع يمينه لأنه حائزٌ للنصف ، فعلى من إدعَى عليه أن له أكثرَ من النصف إقامةُ البينة وبالله التوفيق .

ومن كتاب الأقضية

قال يحيى وسألت ابنَ وهب عن رجل دفع إلى رجل مائة دينار يستودعه إياها وعهد إليه أن لا يدفعها إلّا إلى من أتاه بأمارة أعلمه بها لم يطلع عليها غيرُه ، فأتى رجلٌ بتلك الأمارة فدفع إليه المال ومات المستودع صاحب أصل المال ، فقام ورثته إلى الذي قبض المال بالأمارة ، فقالوا قد وصل إليك مالنا فما الذي صنعت به ، فقال : صنعت به الذي أمرني أبوكم به ، وهو صاحب المال ، قالوا : فما أمرك به ؟ قال : ليس عَلَي أن أُخبركم بالذي أمرني به غير أني قد صنعت بأمره ، قال : أرى أن يحلف قابضُ المال بالأمارة بالله الذي

لا إله إلّا هو لقد فعل الذي أمره به في المال لم يتعد إلى غيره ، ثم يَبْرَأ ، وسألت عن ذلك ابن القاسم فقال لـي مثلَ ما قَالَ ابنُ وهب .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة فيها نظر ، لأن القياس كانَ فيها إذَا لم يدع الورثةُ علمَ ما أمره به موروثُهم قابضَ المال بالأمارة أن يصدق فيما زعم أنّ رب المال أَمَرَهُ أنْ يفعله فيه ، وَلَا يُصدق أنه قد فعله حتى يعلم ما هو ، إذ من الأشياء ما لا يُصَدّق المأمورُ فيها أنَّه قد فعله حتى يقيم البينةَ على ذلك ، فكان الواجبُ أن يسئل قابضُ المال بالأمارة عَمَّا أمر به في المال ، وَهَلْ فعله أم لا ؟ وإنْ ذكر أنّه أمره أن يفعل فيه ما هو مصدق على فعله صُدِّقَ مع يمينه في أنّه أمر بذلك وفي أنه قد فعله ، وإن ذكر أنه أمره أن يفعل فيه ما لا يصدق على فعله حتى يقيم البينة على ذلك صدق مع يمينه في أنه أمر بذلك ، ولم يصدق في أنه قد فعله حتى يُقيم البينةَ على ذلك .

وأمّا إن ادعى الورثةُ معرفةَ ما أَمَرَهُ بِهِ موروثهم في المال فيُنزلون منزلته في الدعوى ، ويكونُ القابضُ للمال مدعياً فيما زعم أنه أمره به فيما مما لم يُقر له به الورثة وكذبوه فيه، فَمَا لِهذه المسألةِ عندي وجهٌ إلّا أنْ يُتأَوّلَ على أن قبض المال بالأمارة لم يُعلم إلا من قِبَل قابضه بِأن يأتي الورثةَ فيقول لهم كان أبوكم قد أمرني أَنْ أقبِض مالاً له عند فلان بأَمَارَةٍ أعلمني بها فقبضتُه وصنعتُ فيه ما أمرني أبوكم ، فليس عليه إذَا كان الأمر على هذا أنْ يُبين لهم ما أمره به أبوهم إذْ لَوْ شَاءَ أَنْ لَا يُقر بشيء لفعل وبالله التوفيق .

من سماع سحنون
وسؤاله ابن القاسم

قال سحنون : سألت ابنَ القاسم عن الرجل يَسْتَودِع الوديعةَ ثم يتصدق بها على رجل يقول أُشهدكم أَني قد تصدقت بالوديعة التي

عند فلان على فلانٍ لا يكون منه أكثر ولم يأمره أن يقبض له ، ثم مات .

قال إن علم المستودع أنه يصدق بذلك فأرَاها للمتصدق عليه ، وإن لم يعلم فلا أرى للمتصدق عليه شيئاً قلتُ مِنْ أي وجهٍ قال ؟ من قِبَل أنه إذا علم أنه تصدق بما في يديه فقد صار قابضاً للمتصدق عليه حتى لو أَرَادَ صاحبُ الوديعة أخذها لكان يبتغي للمستودع أنْ لا يدفعها إليه ، فإن دفعها إليه ضمنها .

قال محمد بن رشد : وقعت هذه الرواية بعينها في هذا السماع من كتاب الصدقات والهبات وشَرَطَ فِيها في صحة الحيازة معرفة المستودع خِلاَفاً لما في المدونة لأنه جعل فيه قبضَ المستخدم والمستعير قبضاً للموهوب له ، ولم يشترط معرفتَهما ، ويتخرج في المسألة قولٌ ثالث فالقياس على ارتهان فضلة المرهن أن الحيازة لا تصح إلاّ أن يعلم المستودع ويرضى أن يكون حائزاً للموهوب له إلاّ أنْ يفرق في ذلك بين الرهن والصدقة حسبما مضى القولُ فيه مجوّداً في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب من كتاب الرهون ، وإنما يكون قبضُ المستودع قبضاً للمتصدَّق عليه إذا علم على هذه الرواية أو علم أو لم يعلم على مذهبه في المدونة إذا قبِل الموهوب له الهبة ، فأما إذا لم يُعلم منه قبولٌ حتى مات الواهب فلا شيء له ولا شيء على المستودع في ردها قبل قبول الموهوب له الهبة وعلمه بها ، هذا إذا كان الموهوبُ له حاضراً وأما إن كان غائباً تَصِحُّ حيازَةُ المستودع له وإن مات الواهب قَبْلَ أن يقبل الموهوب له ، وسواء على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له أو بيد حائز يَحُوزه له وهو حاضر إن لم يَقبل حتى مات الواهب بطلت الهبة ، وقال أشهبُ إذا كان الشيءُ الموهوبُ بيد الموهوب له صحت له الحيازة ، وإن لم يقبل حتى مات الواهب لِأن كَوْنَ ذلك في يديه أَحْوَزُ الحوز وبالله التوفيق .

من سماع عبد الملك ابن الحسن من أشهب

قال عبد الملك ابنُ الحسن : سئل أشهبُ عن رجل أتي رجلاً يستودعه مالاً فقال له الرجل : ادفعه إلى عبدي هذا ، فدفعه فاستهلكه العبدُ .

فقال : هو في ذمة العبدِ ، قيل فإن كان السيدُ غَرّه من العبد ؟ قال : ليس عليه إلاّ ما قلتُ لك .

قال محمد بن رشد : ولا يكون ذلك في ذمة العبد بإقراره حتى تقوم بينةٌ باستهلاكه ، قال ذلك محمد ابن عبد الحكم ، وهو صحيح ، وقد قيل إنّ السيد ضامنٌ إذا غَرّه ، وذلك على الاختلاف المعلوم في الغرور بالقول ، وإذا ضَمِنَ السيدُ ذلك على هذا القول بيع في ذلك العبدُ وغيرُه من ماله ، وبالله التوفيق .

من سماع أصبغ بنِ الفرج من ابن القاسم

قال أصبغ : وسئل ابنُ القاسم عن رجل جعل عند رجل مالاً وديعةً فأتاه يوماً يتقاضاه ، فقال إني مشغول وراكبٌ إلى موضعِ كذا وكذا فانتظرني إلى غدٍ ، فأبى فتصايحا حتى حلف أَنْ لا يعطيها إياه الليلةَ فلما أتاه من الغد يَتقاضاها إياه قال : ذهبت ، هل عليهِ غُرمُها ؟

قال : إن كان إنما ذهبت من قَبْلِ أن تلقاني ضَمِنَ لأنه قد أقر

بها ولا يُقبل قوله ، وإن قال لا أدري متى ذهبت ، وإنما عَهْدِي بها منذ كذا وكذا أُحْلِفَ وكان القول قوله ، ولا ضمان عليه ، وقاله أصبغ ويحلف ما علم بِذَهَابِهَا حين منعه ولا منعه لذلك ولقد كان علمُهُ على أنها ثَمَّ فيما يرى ساعتئذ ولا يعلم غيرَ ذلك ، قال ابنُ القاسم : وإن قال ذهبت مني بعد ما حلفت وفارقتك رأيتُهُ ضامناً ، لأنه قد تعدى عليه حين لم يدفع اليه حقه ساعتئذٍ ، إلَّا أن يكون كان على أمرٍ لا يستطيع الرجوعَ فيه ويكون في رجوعه عليه ضررٌ فلا ضمان عليه إذا كان كذلك ، قال أصبغُ ليس في هذا تعدي وليس عليه ضمان إذا كان أمرُهُ ذلك الذي منعه واحفزه[٤] عذراً غالباً عليه فيه ضرر ، ولم يكن الأمرُ كان يمكنه عند بابه أو هو في يديه ونحوه ها هنا ، وليس عليه في أخذه ومناولته تطويلٌ وَلاَ أمرٌ ، ولا فتح وغلق ولا استخراج ولاَ أمرٌ لا يصح إلَّا به وبنظره وبرجوعه، فإن كان هذا كله هكذا رأيتُهُ ضامناًومتهماً بدفعه إيَّاه له عنه ، وإلاّ فلا ضمان عليه فقد يعوق الرجل ما يعوق وقد ينتقل في الحين الذي يأتي فيه إعطاؤُهُ وقد يَرُدُّ الناسُ الناسَ مثل هذا ويشتغلون ويكلمون وهم أعلم بأنفسهم واهوائهم ومرافقهم وشأنهم فأرى أن يحلف ويبرأ إن شاء الله .

قال محمد بن رشد : هذه مسألةٌ بينةٌ صحيحةٌ لا اختلاف بينهم أنه إذا سأله وديعتَه فإن أبى أن يُعطيه إياها في ذلك الوقت لعذر ذكره ثم أتاه بعدَ ذلك فيها فذكر أنها قد كانت تلفت قبل أن يلقاه فيها أَوَّلاً أنه ضامنٌ لها، لِأنه لما اعتذَرَ في دفعها إليه في ذلك الوقت فقد أَقَرَّ أنها باقيةٌ لم تتلف فَكَذَّبَ ذلك دعواه الآن أنها قد كانت تلفت فلا يقبل قوله في ذلك إلَّا أن يقول لم أعلم في ذلك الوقت أنها قد كانت تلفت ولذلك اعتذرتُ إليه في دفعها اليه في ذلك

---

(٤) كذا بالأصل .

الوقت ووعدتُه لوقت آخر ، فيحلف على ذلك كما قال أصبغ ويسقط عنه ضمانُها ، وكذلك إن قال لاَ أدري متى تلفت أَنْ كان قبل طلبك إياها أو بعد ذلك ، فيخلف على ذلك ويسقط عنه الضمان .

وأما إن قال تلفت بعد ذلك فإن كان منعُهُ إياها لِعُذْرٍ أَلْجَأَهُ إلى ذلك ولم يكن متعدياً في منعه إياها في ذلك الوقت فلا ضمان عليه ، فإن كان منعُهُ إياها لغير عذر تعدياً منه في ذلك فهو ضامنٌ لها .

واختلف هل هو محمول على العذر حتى يثبت التعدي او على التعدي حتى يثبت العذرُ ؟ وظاهرُ قول ابن القاسم أنه محمولٌ على التعدي حتى يثبت العذرُ وظاهرُ قولِ أصبغ انه محمول على العذر حتى يثبت التعدي لا اختلاف في هذه المسألة إلاَّ في هذا الوجه ، وقد وقع في النوادر لمحمد ابنِ عبد الحكم أنه لا ضمان عليه تَلِفَت قبلُ أو بعدُ ، وليس ذلك بخلافٍ لشيء مما تقدم ، لأن معنى قوله إذا لم يعلم بذلك إلاَّ بعد ، ومعنى قوله أو تعدى إذا كان له في صنعه عذر ولم يكن متعدياً في ذلك ، قال محمد ابن عبد الحكم ولو أبى أن يدفعها إليه إلاَّ بالسلطان فتلفت في خلال الدفع لم يكن عليه في ذلك ضمان ؛ لأن له في ذلك عذر يقول خِفْتُ شَغَبَه وأذاه ، وسيأتي القولُ على هذا في آخر سماع أبي زيدٍ إن شاء الله .

مسألـــة

قال أصبغُ : سمعت ابنَ وهب وسئل عن الرجل يستودِعُ الرجلَ وديعةً يبعث بها المستودَعُ إلى صاحبها فيَعْدُوا عليها اللصوص فينزعونها فيقول المستودع لم آمرك أن تبعثَ بها إلي ، ويقول المستودَع بل أنت أمرتني أن أبعثَ بها اليك ، ولا بينة بينهما .

قال : المستودَعُ ضامن لِأنه متعدي وهو مُدَّعِي ، فإذا تعدى كان عليه الضمان ، ولكن لو كان قال سَقَطَتْ مِني أو دفعتُها إليك ،

أو سُرقت مني فذهب بها لم يكن عليه شيء .

قال محمد بن رشد : إنما يضمن المودَعُ الوديعَةَ إذا ادعى أنَّ ربها أمره أن يبعث بها إليه بعد يمينه أنَّه إنما أمره أن يبعث بها إليه ولقد تعدى عليه في البعث بها إليه بغير أمره فيحِقُّ عليه التعدي بيمينه ، وهو معنى قوله في الرواية المستودَع ضامنٌ لِأنه متعدي ، فإنما قال فيه إنه متعدي ، لأن العَداء قد ثبت عليه بيمين رب الوديعة .

وقولُه ولكن لو قال سقطت مني أو دفعتها اليك أو سُرقت مني فذهب بها لم يكن عليه شيء ، معناه لم يكن عليه غُرْمٌ لِأن اليمين عليه في دعوى الرد باتفاق ، وفي دعوى التلف على اختلاف إن لم يحقق عليه الدعوى ، قيل إنه يحلف ، فإن نكل عن اليمين غَرِمَ قيل بعد يمين رب الوديعة ، وقيل إنَّ اليمين لا يرجع عليه،وقيل إنه لا يمين عليه على اختلافهم في لحوق يمين التهمة وفي ردها ، وقيل إن كان من أهل التهم احلف وإلاَّ لم يحلف ، وهو المشهور في المذهب ، وأما ان حقق عليه الدعوى فلا اختلاف في وجوب اليمين عليه ، وفي أن له ان يردها وبالله التوفيق .

مسألـــة

قال وسألته عن رجل استُودع وديعةً وهو في المسجد أو في مجلس فجعلها على نعليه فذهبت أعليه ضمان ؟ فقال : ما أرى عليه ضماناً ، قلت : ولا تراه متعدياً لِأنه إنما أعطاه إياها يحوزها فليس هذا حوزاً ؟ قال لي : فإنه الآن يقول لم يكن معي خَيْطٌ أربطه به ، قلت يربطها في طرف ردائه ، قال : فإنه يقول ليس علي رِدَاءٌ علي بُرْنُسٌ قلت : فإن كان عليه رداء ؟ قال ما أرى عليه شيئاً بحَالٍ .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إنه إذا دَفَعَ اليه الوديعَةَ وهو في مسجد أو في مجلس فجعلها على نعليه يريد بين يديه حيثُ ينظر اليها ،

فتلفت إنه لا ضمان عليه ، لأن ذلك هو وجه الحوز لها في ذلك الموضع على ما جرت به العادة ، فوجب أنْ لا يضمن ، قال مطرفٌ وابنُ الماجشون : ولو نسيها في الموضع الذي دفعت اليه فيه وقام ضمنها ، وكذلك لو كانت في داره فأخذها فأدخلها كمه يظنها دراهمه فسقطت فإنه يضمن ، قالا وهذه جنايات فضمَّنَاهُ بالنسيان ولم يعذراه بذلك ، وقد يتخرج في هذا الاختلافُ بالمعنى من مسألة الرجلين يَدَّعِيَانِ مائةَ دينار وديعةً عند رجل ، فيقول المدَّعِي عليه لا أدري من دفعها إلي منكما ، لأنه عُذِرَ بالنسيان على القول بأنه لا يلزمهما أكثر من أن يغرم لهما المائة فيحلفان ويقتسمانها بينهما ، وقد مضى تحصيلُ الاختلاف في ذلك في رسم يدير من سماع عيسى من كتاب المديان والتفليس وبالله التوفيق .

ومن كتاب القضاء المحض

قال أصبغ : سألت ابنَ القاسم عن رجلٍ تكون عنده الوديعةُ فَتُطْلَبُ منه فيقول قد ضاعت مني منذ سنين إلَّا أني كنتُ أرجو أن أجدها وكنتُ أطلبها وما أشبه ذلك ولم يُسْمَعْ ذلك منه ، وصاحبُهُ الذي استودعه أيضاً حاضرٌ أَلَا يَذْكُرُ ذلك له ؟ فقال : هو مصدق ولا ضمان عليه إلَّا أن يكون قد طُلبت منه فأَقَرَّ بها أنها عنده كما هي ، ثم زعم أنها قد ضاعت منه سنين ، فَهو ها هنا ضامنٌ وإلَّا فلا شيء عليه ، والقراضُ مثلُ ذلك سواء ، قال أصبغُ لا يعجبني وهو ضامن إذا أمسك ، ولا يعرف طلباً منه ولا ذُكر لِصَاحِبِهَا ولا لغيره ، ولاَ وَجْهُ مصيبة تَطْرُقُ ولا سماع سرقة ولا غرق ولا غير ذلك قبل ذلك ، وحضورُ الطالب أَشَدُّ وأَبْيَنُ بإمساكه عنه ، وكلٌّ سواءٌ إذا طال هذا جداً وادعى أمراً قريباً لا ذكر له .

قال محمد بن رشد : قولُ ابن القاسم عندي أظهر من قول أصبغ ، لِأن الأصل براءَةُ الذمةِ ، فالواجبُ فيها سبباً إلاّ بيقين ، وهو قول محمد ابن عبد الحكم ، قال : أصحابنا يقولون إنْ سُمِعَ ذلك منه قَبْلَ ذلك الوقت الذي يُسْأَلُها فيه قُبِلَ منه وإن لم يسمع ذلك منه إلاّ ذلك الوقت لم يقبل ، قال محمد : وأنا أرى أنْ يحلف ولا شيء عليه وبالله التوفيق .

ومن كتاب الكراء والأقضية

وسُئِل ابنُ القاسم عمن استودَعَ رجلاً سيفاً وقيمتُهُ أربعة دنانير وَضَمَّنَهُ إياه فعدا عليه ابنٌ له فقاتل به فانكسر وقيمتُهُ يوم تَعَدَّى الإبنُ عشرُ دنانير .

فقال : أرى عليه قيمته يومَ استودعه إلاّ أن يكون القيمة يوم تعدى عليه أكثرَ ، قال أصبغُ إن كان الضمان إنما ضَمِنَ أربعةً التي هي القيمة فليس عليه غيرُها والفضلُ على الإبن المتعدي ، وإن كان ضَمِنَ السيفَ ضماناً فعليه قيمته الكبرى كانت الأولى أو الآخرة .

قال محمد بن رشد : قولُ أصبغ إن كان الضمان إنما ضمِنَ أربعةً التي هي القيمةُ فليس عليه غيرُها والفضلُ على الإبنِ المتعدي صحيحٌ لا اختلاف فيه ولا كلام ، وقوله وإن كان ضمن السيفَ ضماناً فعليه قيمتُهُ الكبرى كانت الأولى أو الآخرة هو مثلُ قول ابن القاسم سواءً وذلك بعيد جداً والذي يوجبه النظرُ على أصولهم أن تكون عليه قيمتُهُ يوم دفعه إليه على الضمان إلاّ أن تُعلم قيمتُهُ يوم تعدى عليه الإبنُ فيكون ذلك عليه ، كان أقلَّ من قيمته يوم دفعه اليه أو أكثر ويرجع بذلك على الإبن ، وإنما يصح أن يكون عليه الأكثرُ من القيمتين إذا لم يعلم قيمته يوم تعدى عليه الابن إلاّ بقوله ، لِأنه إن ادعى أنَّ قيمته

يومَ تعدى عليه ابنه أقلَّ لم يصدق ، وإن ادعى أنها أكثرُ كان مُقِرّاً على نفسه وهذا أبينُ وأَصَحُّ والله اعلم .

من نوازل سئل عنها أصبغ

وقال أصبغُ في رجلٍ استُودِعَ وديعةً فطلب صاحبُ الوديعة وديعَتَه من المستودَع ، فقال المستودَع : والله ما أدري دفعتُها اليك أم ضاعت مني ؟ قال : لا أرى عليه ضماناً لأنه إن كان دفعها فقد بَرِىءَ وإن كانت ضاعت منه فهو فيها مؤتمن ، فلا ضمان عليه إلّا أنْ يكون المستودِع إنما استودعهـا إياه ببينة فلا يبرأ منها بقوله قد دفعتُها إليك حتى يُقيم البينةَ بدفعها اليه وإلّا غرم .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إنه إذا دفعها اليه بغير بينة فلا ضمان عليه يريد بعد أن يحلف ما هي عنده ولقد دفعها إليه أو تلفت لأن القولَ قولُهُ في كل واحد من الوجهين لو ادعاه بعينه فكذلك إذا ادعى أحدهما بغير عينه ، وأما إذا دفعها اليه ببينة فبين أنه لا يبرأ منها بقوله لا أدري إنْ كنتُ دفعتُها اليك أو تلفت ، لأنه لو ادعى أنه دفعها اليه لم يصدق فكيف إذا قال لا أدري إنْ كنت دفعتها اليك أو تلفت ، ولو دفعها اليه ببينة فقال المودَع لربها إن كنتَ دفعتَ إلي شيئاً فقد ضاع لَبَرِيءَ منها بيمينه ، قال ذلك عبدُ الله بن عبد الحكم وهو على قياس قولِ أصبغ المذكور ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قلت له فرجل استُودِعَ وديعةً فدفنها في بيته أو بموضع فلما طلبها صاحبُها قال له المستودَع : والله ما أدري ما فعلت ، دفنتها أحِينَ دفعتَها إلي ؟ فطلبتُها فلم أقدر على موضعها ولم أُصِبْه .

قال : أراه ضامناً ، هذا مضيع لا يدري حيث دفنها إلَّا أن يقول دفنتها في بيتي أو حيث يجوز لي دفنها من المواضع التي يُرَى أنه أحرَزَهَا فيها كما كان يحرز متاعه ، فيزعم أنه طلبها في ذلك الموضع فلم يجدها وقد اتفق أنه دفنها فيه فلا ضمان عليه فيها ، لِأنه ها هنا بمنزلة ما لو سقطت منه أو جاء عليها تلفٌ من غير صنعه ، لِأنه فعل في دفنه ما يجوز له إذا كان يحفظ الموضع الذي دفنها فيه ، وأما إذا قال دفنتها ولا ادري حيث ، فهذا مُتْلِفٌ لها مضيع فهو ضامن .

قال محمد بن رشد : لم يعذره في هذه المسألة بنسيان الموضع الذي دفن فيه الوديعة ويدخل في هذا اختلاف بالمعنى قد ذكرتُهُ في أول رسم من سماع أصبغ قبل هذا فلا معنى لإعادته .

من سماع أبي زيد ابنِ أبي الغمر من ابن القاسم

قال ابو زيد سُئِلَ ابنُ القاسم عن رجل هلك وترك ودائع ولم يُـوصِ فتوجد صُرَرٌ فيها مكتوب وديعة فلان بن فلان وفيها كذا وكذا ديناراً أَتراها لفلان الرجل الذي اسمه على الصرة إذا لم تكن بينة على أنه استودعها إياه الا بقول وقد وجدوها عند الهالك كما ادعى ؟

قال : ليس له فيها شيءٌ لعله دفعه إلى أهل البيت دراهم حتى كتبوا له فوق هذه الصرر ما يريد .

قال محمد بن رشد : هذا ما لا اختلاف فيه أنه لا يقضي بالصُّرَّة لمن وجد عليها اسمه إذا لم يكن بخط يده ولا بخط يد المودَع ، وقد مضى

تحصيل القول في ذلك في رسم أسلم من سماع عيسى قبل هذا فلا معنى لإعادته .

مسألــة

وقال ابنُ القاسم في رجل دفع إلى رجل وديعةً أو رهنه رهناً ثم جاء يطلب وديعتَه أو جاء بافتكاك الرهن فأبى الذي في يديه الوديعةُ أو الرهنُ أنْ يدفع ذلك إلى أهله حتى يأتي السلطان فيُعدي عليه بالدفع ، فضاع ذلك الرهنُ أو الوديعة قبل أن يَقْضِيَ عليه السلطانُ وبعد طلب المستودِع وديعتَه وبعد طلب الراهن رهنه .

قال : إن كان دَفَع ذلك إليه بغير بينة في الرهن والوديعة فأراه ضامناً .

قال محمد بن رشد : في مساواته في هذه المسألة بين الرهن والوديعة بقوله إن كان دفع ذلك اليه بغير بينة في الرهن فأراه ضامناً دليلٌ على أنَّ القول قولُهُ في رد الرهن إذا قبضه بغير بينة كالوديعة سواءً ، وذلك بعيدٌ لِأنَّ الرهن قبضه لمنفعةِ نفسه فلا يصدق في ضياعه ولا في رده ؛ بأن قبضه بغير بينة ، والوديعةُ قبضها لمنفعة صاحبها ويصدق في ضياعها وفي ردها إلاّ أن يكون دفعت اليه ببينة ، وقد مضى تحصيلُ القول في ذلك في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب الرواحل والدواب ، فلعله إنما تكلم في هذه الرواية على الرهن الذي لا يغيب عليه فتصح المسألة ، لِأن الرَّهن الذي لاَ يُغَابُ عليه يُصَدَّق المرتهَن في رده إذا قبضه بغير بينة كما يُصَدَّق في تلفه كالوديعة .

وقد اختُلف إذا أبى المودَع أن يدفع الوديعةَ إلى الذي أودعه إياها إلاّ بالسلطان ، فترافعا اليه فضاعت بين سؤاله إياه وبين إتيانه السلطان على ثلاثة اقوال أحدها أنه لا ضمان عليه وإن كان قبضها منه بغير بينة ، لِأنّ له في ذلك

عذراً يقول خِفْتُ شَغَبَه وأذاه، وهو قول محمد ابن عبد الحكم **والثاني** أنه ضامن وإن كان قبضها منه ببينة لِأنّه متعدي إذا منعه إلاَّ بالسلطان وكان يقدر على أَنْ يشهد عليه بالرَّدِّ كما أشهد هو عليه بالقبض ، وإلى هذا ذهب ابنُ دحون ، فالرهنُ والوديعةُ على مذهبه سواءٌ في هذا ، **والثالث** ما ذهب اليه في هذه الرواية من تفرقته بين ما يصدق فيه في الرد وبين ما لا يصدق وبالله التوفيق .

تَمَّ كتابُ الوديعة والحمد لله

كتاب العارية

من سماع ابن القاسم من مالك

قال سحنون : أخبرني ابنُ القاسم عن مالك فيمن استعار دابةً إلى بلد فاختلفا ، فقال أَعَرْتَنِيهَا إلى بلد كذا وكذا وقال المعير بل أَعَرْتُك إلى بلد كذا وكذا ، فإن كان يُشبه ما قال المُسْتَعِيرُ فعليه اليمين ، قال ابنُ القاسم : وذلك إذا ركب المستعيرُ ورجع فالقولُ قوله ، ولعل الدابةَ تَعْتلُّ ويُطلب منه كِرَاءُ ما زاد ، فإذا كان يشبه ما قال المستعيرُ فالقولُ قولُه مع يمينه ، وإذا لم يركبها فالقولُ قولُ صاحب الدَّابة ، وإنما ذلك بمنزلة رجلٍ أَخدَمَ رجلًا خادماً أو أسكنه منزلاً فسكن الرجلُ الدارَ واختدمَ العبدَ سنة ، فقال المُخْدَم أخدمتني سنةً وأسكنتني سنةً وقد انقضت السنةُ فالقولُ قول المخدَم اذا جاء بما يشبه إن قال الآخر أخدمتك أو أسكنتك ستة أشهر لم يقبل قوله ، وهو مدعي إلَّا أن يأتي المخدَم أو المسكن بما لا يشبه ، ولو كان لم يقبض المُسْكَنُ أو المخدَم ما أُعْطِيَ كان القولُ قولَ صاحب العبد أو المسكن ، هذا يُبَيِّنُ لك العارية .

قال محمد بن رشد : لا اختلاف بينهم في أنَّ القولَ قولُ المعير إذا اختلفا في العارية إلى أيِّ بلد أعارَه إياها قبلَ الركوب أو بعد وصوله الى البلد

الذي أقربه المعير ، فتفسيرُ ابنِ القاسم لقول مالك في قوله إنَّ القولَ قولُ المستعير إذا كان يُشبه وعليه اليمين بقوله : وذلك إذا ركب المستعير ورجع صحيحٌ ، ومثله في المدونة من رواية عبد الرحمن عن مالك ، وفي الدِّمياطية لابنِ القاسم خلافُه أنَّ القولَ قولُ المعير إذا اختلفا بعدَ الرجوع ، بخلاف إذا كان معه في سفره فاختلفا بعد الرجوع ، وَنَصُّ الرواية قال : وسئل ابنُ القاسم عن رجل استعار ثوباً فحبسه عن صاحبه شهراً أو شهرين فجاء به وقد تَغَيَّر ، وقال صاحبُه إنما أعرتك اليومَ واليومين ، وقال المستعير إنما استعرتُه منك إلى أن أقدم من سفري وأتجمل به حتى أكتسي ، قال : أرى إن كان حاضراً وهو معه لا يَسْأَلُه عنه فالقولُ قولُ المستعير ويحلف ، وأمَّا السفرُ فإني أراه متعدياً إذا حلف صاحبُ الثوبِ إلَّا أن يكون للمستعير بينة على ما قال ، فالخلافُ في المسألة إنما هو إذا غابَ المستعيرُ عن المعير بالدابة أو الثوب فلما رجع قال له المُعير قد تعديتَ في وصولك بالدابة إلى حيثُ وصلت بها ، أو في إمْسَاكِكَ الثوب عني طول هذه المدة إذْ لم أُعرك الدَّابة إلَّا إلى بلد كذا أو الثوب إلَّا إلى مدَّة كذا ، فوجه قولِ مالك أَن المعير لما أسلمَ الدابة أو الثوب الى المستعير فقد إئْتَمَنَهُ وصار مدعياً عليه في تضمينه الدابة إن كانت تغيرت أو تلفت في المسافة التي يدعي أنه لم يأذن له فيها أو في تضمينه الكراء فيها إن كانت على حالها ، وهو الذي إعتلَّ به ابنُ القاسم بقوله في الرواية وذلك لعل الدابة تَعْتَلُّ يريد فيكون مدعياً عليه في تضمين قيمتها أَو لَا تعتل فيكون مدعياً في طلب كراء ما زاد ، وقد أحكمت السنة أنَّ البينةَ على من ادعى واليمينَ على من أنكر ، فوجب أن يكون القولُ قولَ المستعير إذا أشبه ما ادعاه .

ووجه قولِ ابن القاسم في الذمياطية أنَّ الأصل قد حَصَل في أنه لا يُواخذ أحدٌ بأكثر مما يقر به على نفسه ، والمستعيرُ مدع على المعير في المسافة التي لم يُقِرَّ أنه أعاره اليها ، ولا دليلَ له على دعواه لكونه غائباً عنه ، بخلاف إذا كان حاضراً معه لأن في سكوته على طلب دابته منه عند انقضاء المسافة الأولى دليلٌ على أنه أعاره إياها الى الثانية ، وكذلك الثوبُ ، فقولُه

في الرواية : وإنما ذلك بمنزلة رجلٍ أخدَم رجلاً خادماً أو أسكنه منزلاً إلَى آخر قوله لا يُلزم المخالفَ ، وهو قولُ ابنِ القاسم في رواية الذمياطي عنه ، لأن الذي يأتي على قياس قوله في الرواية أن يكون القولُ في الإخدام والإسكان قولَ رب الخادم ورب المسكن في المدة التي أخدمه اليها وأسكنه اليها اذا كان غائباً عنه ولم يكن حاضراً معه ، فيكون سكوتُه عن طلب خادمه ومسكنه عند انقضاء المدة التي أَقَرَّ أنه أخدمه وأسكنه اليها دليلاً على دعوى المخدم أو المسكن ، فوجب أَنْ يكون القولُ قوله إذا ادعى من ذلك لِمَا يشبه وبالله التوفيق .

ومن كتاب طلق بنُ حبيب

وسئل عن الرجل يَسْأَلُ الرجلَ أن يهبه الذهبَ فيقول نعم ، فيبدو له أَنْ لا يفعل أفترى ذلك يلزمه ؟ قال : أما إن قال أنا أفعلُ أو أنا فاعلٌ فما أرى ذلك يلزمه ، ومن ذلك وُجُوهٌ لو كان في قضاء دين فسأله فقال نعم ورجالٌ شهودٌ عليه فما أحراه أن يلزمه ، والشهادة في ذلك أبينُ وما أحق إيجابه ، قال ابنُ القاسم : إذا اقتعد الغرماء على موعدٍ منه أو أشهد بإيجاب ذلك على نفسه أن يقول أُشهدكُم أني قد فعلت ، فهذا الذي يلزمه ، فأمّا أن يقول له نعم أنا أفعل ثم يبدو له فلا أرى ذالك عليه .

قال محمد بن رشد : اختُلِفَ في العِدَةِ هل يلزم القضاءُ بها أم لا على أربعة أقوال ؟ **أحدها** أنه يلزم القضاء بها وإن لم يكن على سبب ، روى عن عُمَر ابنِ عبد العزيز أنه قضى بها على ما وقع في كتاب العِدَة على ظاهر قول النبي عليه السلام : وأْيُ المؤمنِ وَاجِبٌ(١) ، وهذا لا حجة فيه ، لأن

---

(١) رواه أبو داود في مراسله عن زيد بن أسلم ، رمز له السيوطي بالضعف .

الحديثَ ليس على ظاهره في الوجوبِ ، لأن معناه واجب في مكارم الأخلاف ومحاسنِها ، بدليل تخصيصه المؤمنَ لأنه لما لم يعم فيقول الوَأْيُ واجبٌ علم أنه أراد بعضَ المؤمنين وهم المَمْدُوحُ إيمانهم ، فدل ذلك على النَّدْبِ إذا لم يعلم بـه[٢] جميع المؤمنين كقـول الله تعالى في المتعـة ﴿ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ[٣] ﴾ وَ ﴿ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾[٤] والثاني أنه يقضي به إن كان علي سبب وإن لم يدخل بسبب عِدَتِه في السبب ، وهو قولُ أصبغ في كتاب العِدَة ، وقولُ مالك في هذه الرواية نحوُه ، لأنه قال فيها ولو كان في قضاءِ دينٍ فسأله فقال نعم ورجالٌ شهودٌ عليه فما أَحْرَاهُ أن يلزمه ولم يحقق إيجابه ، لأن قوله أنا أقضي عنك دينك ، وأنا أسلِفُك لتقضي دينَك ، أو أهبك لتقضي دينَك عِدَةٌ بِسَبَبٍ ، فهي كالعِدة على سبب ، إذْ لَا فرق بين أن يسأله أن يسلفه أو يهبه ليقضي دينه فيقول له نعم أنا أفعل ، وبين أن يقول له ابتداءً من غير أَنْ يسألَه أنا أسلفك أو أهبك لتقضي دينك أو أنا أقضي عنك دينك وقولُه أنا أسلفك أو أنا أسلفك عِدَةٌ على غير سبب ، ففرق مالك بين الوجهين .

ومعنى قولِه ورجالٌ شهودٌ عليه أي ورجال حضور شهدوا عليه قولَه من غير أن يشهدهم على نفسه .

وقولُه والشهادةُ في ذلك أبينُ وما أحقق إيجابه ، معناه إذا قال نعم أشهدكم أني أفعل أو أني فاعلٌ وأما لو قال أشهدكم أني قد فعلت لما وقف عن التحقيق في إيجابه عليه ، ولزم القضاءُ به عليه كما قال ابن القاسم والثالث أنه لا يُقضي بها وإن كانت على سبب إلَّا أن يدخل من أجل عدته في السبب ، وهو معنى قولِ ابنِ القاسم في هذه الرواية : إنما اقتَعَدَ الغرماءُ منه على موعد

---

(٢) كذا بالأصل ، ولعل الصواب : إذ لم يعم به . . . .

(٣) الآية ١٨٠ و ٢٤١ من سورة البقرة .

(٤) الآية ٢٣٦ من سورة البقرة .

أن ذلك يلزمه بمنزلة إشهاده بإيجاب ذلك على نفسه ، لأنهم تركوا بوعده إياهم التَّوَثُّقَ من غريمهم فاضرت بهم عدتُه إن أخلفهم فيها ، وهو قولُ سحنون في كتاب العِدَة : إنَّ العدة لا تلزم إلاَّ أن يكون على سبب فيدخل من أجل عدته في السبب ، مثلُ أن يقول الرجل للرجل إفْعَلْ كذا وكذا وأنا أسلفك فيفعله ، فقولُ الرجل للذي عليه الدين أنا أقضي عنك الدين الذي عليك يَفْتَرِقُ عندَ ابن القاسم مِن قوله للذي عليه الدين أنا أقضيك الدين الذي لك ، لا يلزمه في الأول ويلزمه في الثاني على ما بيناه ، والرابع أن العدة لا تلزم ولا يقضي بها وإن كانت على سبب ودخل في السبب ، وهو الذي يأتي على ما روى ابنُ نافع عن أشهب عن مالك في أولِ سماع أشهب بعد هذا ، لأنه غَرَّه بما وعده فترك أَنْ يَحْتَالَ لنفسه بما يبريه من سلف أو غيره ، فكان بمنزلة من قال لرجل تزوج وأنا أنفق عنك أو تزوج وأنا أسلفك فتزوج فأبى أن يسلفه ، فقولُ ابن القاسم في هذه الرواية خلافُ قول مالك فيها على ما تَأَوَّلناه ، لأنه لم ير العِدَة تلزم بالسبب حتى يدخل فيه ، وَرَآهَا مالكٌ لاَزِمَةً بالسبب وإن لم تدخل فيه ولم يرها في روايةِ أشهب لازمةً بحال وإن دخل بالسبب وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله إغتَسَلَ على غير نية

وقال مالك في أمةٍ أتت إلى جارةٍ لها بقِلادةٍ استعارتها لها ، فأنكرت حين جاءتها بها فقالت ما حَمَلَكِ على أن استعرتِها لي ؟ وأنكرت ذلك وشهد عليها ناس فقبلتها منها لَتَرُدَّهَا على التي استعارتها منها ، فَاغْتَلَتْ القلادة عندها قبل أن تردها ، قال مالك : أرى أن تغرمها حين قبلتها ، فلو شاءت لم تقبلها ، قيل له : إنَّ الَّتي هي لها تزعم أنها ثمنُ خمسةَ عشرَ ديناراً ، وقالت التي قبلتها : ما ثمنها إلاَّ ستةُ دنانير ، قال : أرى أن تصفها التي قبلتها ثم تحلف على صفتها ثم تُقَوَّم على ذلك ، ثم يلزمها غُرْم ما قومت به .

قال محمد بن رشد : إنما وجب أن تغرمَها إذا قبلتها فاغتلت منها قبلَ أن تَرُدَّهَا لأنها لما قبلتها فقد صدَّقتَها في أنها استعارتها لها ولو أقرت المستعيرةُ أنها لم تأذن لها في استعارتها لها لَوَجَبَ أَنْ يكون الضمانُ منها ، لأنها كانت تكون كالرَّسول لها على ردها وقولُه إنَّ الغَارمة لها هي التي يكون القولُ قولَها في قيمتها وتحلف على صفتها صحيحٌ ، لأنها هي المُدَّعَي عليها وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال في الرجل يَسْأَلُهُ الرجلُ الشيءَ يعطيه إياه ويَذْكر له حاجَته ويقول إئتني غداً ، فيأتي بشيءٍ يُعطيه إياه ولا يجده ، فقال مالكٌ ما أَرَادَ بذلك ؟ فقيل أرادَهُ لِلَّه ، قال : فلينفذ ذلك لله على غيره ، قيل له : فإن لقيه بعضُ إخْوَانِه وأَقَارِبه فسأله أن يوصله فوعده فذهب فلم يلقه ؟ فقال : إن أحب أن ينفذه على مثل ذلك ، فإن أَبَى فلستُ أراه عليه بواجب .

قال مالك في السائل يقف عند البابِ فيأمُرُ الرجلُ جاريتَه تعطيه شيئاً فتجدهُ قد ذهب ، فقال مالك أرى أن تعطيه غيرَه من المساكين ، وما أراه عليه بواجب .

قال محمد ابن رشد : ذكر ابنُ أبي زيد مسألة السائل يقف بالباب هذه في النوادر ، ووصل بها قال ومن خرج الى مسكين بشيءٍ فلم يقبله فليعطه غيرَه ، وهو أشد من الأول وليس بينهما فرق بين ، والمعنى الذي ذهب اليه ابنُ أبي زيد في الفرق بينهما والله أعلم هو أنَّه لما وجده فأبى أن يقبلها وقد كان له أن يقبلها فردَّها أشبه عندَه بِرَدِّهَا إليه بعد قبوله إياها ، ولعله إنما ردها اليه ليُعطيها لغيره ، مثلُ أن يقول له أنا لا حاجة لي بها فادفعها لغيرِي فيكونُ ذلك قبولاً منه لها ، ويكون بذلك راجعاً في صدقته ، والاختيارُ في هذه

المسائلِ كُلِّهَا أَنْ ينفذَ ذلك على غير الذي قصده بصدقته من غير وجوب ، وأَخَفُّها الرجلُ يلقاه بعضُ إخوانه أو أقاربه فيسأله أن يصله ، وتليها الرجلُ الأجنبي يلقاه الرجلُ فيذكر له حاجته فَيَعِدهُ أن يعطيه ، وتليها الرجلُ يأمر بالشيء للسائل يسمعه فيُوجَد قد ذهب ، وتليها أَنْ يُوجَدَ فلا يقبل وهو أشهدها على ما وقع في النوادر ، وهذا إذا لم تكن له نية إن لم يجده في أن يصرفه إلى ملِكه أو يُبتَله لغيره ، وأما إنْ كانت له نيةٌ فله نيتُه وبالله التوفيق .

ومن كتاب باع غلاماً

وسئل عمن استعار ثوباً يوماً أو يومين أو أياماً مُسَمَّاةً ثم تَعَدَّى فلبسه أكثر مما استعاره ، قال : يلزمه ما نقص من قيمتها بعدَ الأيَّام التي استعار اليها وإن كان قد أَخْلَقَه رَدَّه وما نقص من ثمنه بعد تلك الأيام التي استعاره اليها .

قال محمد بن رشد : المعروفُ من قوله أنَّ صاحبَ الثوب مخيرٌ إذا أخلقه إن شاء أَخَذَ ثوبَه وما نقصه اللباسُ ، وإن شاء أخذَ قيمتَه يوم تعدى عليه ، وقال أشهبُ إنما هو مخير بين أخذ ثوبه ولا شيء له غيره ، أو يأخذ قيمتَه يوم تعدى عليه ، وقد روى عن ابنِ القاسم مثلُ قول أشهب ، والقولان قائمان من المدونة ، وما ها هنا أيضاً يقوم من قوله في المدونة : وقد كان مالكٌ يقولُ يغرم ما نقص ولا يفرق بين قليل من كثير ، فهي ثلاثة أقوال في الفساد الكثير ، ولا اختلاف في الفساد اليسير أنه ليس عليه إلَّا ما نقصه بعد الرفق وبالله التوفيق .

من سماع أشهب وابنِ نافع من مالك

قال سحنون : قال لي أشهبُ وابنُ نافع : سئل مالكٌ عمن حلف لرجل له عليه حق لَيُوفينه إلى أجل فلما خشي الحنثَ ذكر ذلك لرجلٍ فقال له لا تخف إئتني العشيةَ أَعْطِيكَهَا فلما كان العشي جاءه فأبى أن يعطيه شيئاً ، فقال له : غررتني حتى خفتُ أن تُدْخِلَ على الطلاقَ ، أتراه له لازماً أن يُسلفه ؟ فقال : والله ما أرَى ذلك لازماً له ، قال له أنا أسلفك فلم يسلف ، أنا أعيرك دابتي فلم يعره ، أنا أهب لك فلم يهبه ، ما أرى له عليه شيئاً ولا أدري كيف هو في ذلك بينه وبين الله ، وما هذا من مكارم الأخلاف ولا محاسنها .

قال محمد بن رشد : قد قيل إنه يلزمه ، وهو أظهرُ ، لأنه غره ومنعه أن يحتال لِنفسه بما يبريه من سلف أو غيره ، وقد مضى تحصيلُ الاختلاف في هذه المسألة في رسم طلق من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته .

ومن كتاب الأقضية

وسئل مالك أترى من قولِ رسول الله صلى الله عليه لا ضَرَرَ ولا ضِرَارَ أن يستأذِنَ الرجلُ جارَه في خشبة يغرزها في جداره فيأذن له ثم يُغْضِبُه فيريد أن ينزعها ، فقال : إن كان أذِن له فما أرى له أن ينزعها على وجه الضرر ، لأن رسول الله صلى الله عليه قال : لا ضرر ولا ضرار ، فهذا منه ، فأما إن كان احتاج الى جداره لأمرٍ لم يُرد به الغرز رأيتُ ذلك للرجل أن يبني في جداره ويرفعه ما بداله وإن كان في ذلك مضرة على جيرانِه ، لأن الرجلَ يعمل في حقه ما أحب .

فقيل له أرأيت إن كان أراد البيعَ فجاءه فقال إني أريد البيعَ وأُريد أن تنتزع خشبتك والمشتري ينزع هذه الخشبة ، تَزِيدني خمسين ديناراً ، فقال : تبيعُها على حالها وفيها الخشب ، أرأيت إن كان المشتري عدواً له فأراد الإضرار به ما زاد ذلك له ؟ قلتُ أرأيت إن عرف صحة ذلك قال ما أراه ذلك له .

قال محمد بن رشد : قد مضى القول في هذه المسألة في رسم صلى نهاراً من سماع ابنِ القاسم من كتاب الأقضية مستوفى فلا معنى لإعادته .

من كتاب الأقضيةِ الثانِي

وسئل عمن أَرفق رجلاً مرفقاً ثم بَدَا له أن ينتزعه ، فقال : أما أنا فأرى أنه إن كان إنما أراد ذلك لحاجته اليه فأرى ذلك له إن أراد أن يرفع جداره ويكون ذلك أَضَرَّ به ، فأما أن يكون على وجه الضرر له والشنئان فلا أرى ذلك له ، فقلت له : أذلك لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا ضرر ولا ضرار ؟ فقال : إنا نقول ليس له أن يفعله على وجه الضرر .

قال محمد بن رشد : وهذه المسألة من معنى المسألة المتقدمة في الرسم الذي قبله ، وقد مضى القولُ عليه في سماع ابنِ القاسم من كتاب الأقضية مستوعَباً حسبما ذكرناه فلا وجهَ لإعادته .

ومن كتاب فيه الوصايا والحج

قال أشهب : وسمعت مالكاً يُسْأل عن رجل قال لِبَيِّعِهِ بِعْ ولا

نقصانَ عليك ، ثم رجع عن ذلك فقال لو قال له قولاً غارماً بيناً ثم رجع لم أَرَ ذلك له ، وَرَأَيْتُه لَازِماً له فقال له : أرأيت الذي يَقُولُ بعد إيجاب البيع بع ولا نقصان عليك ، فيبيع ثم يدعي أَنْ قد نقص ، قال : يُصَدَّق فِيما يُشبه وعليه اليمين .

قال وسمعته أيضاً يُسْأَلُ عن المبتاع يقال له بِع وَلاَ وضيعة عليك ، ثم يقول وضعت كذا وكذا أَيُصَدَّق ؟ قال : نعم إذا جاء بما يُشبه .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال إنه إذا قال له بعد البيع بع ولا نقصان عليك يلزمه ، لأن معنى قوله بع ولا نقصان عليك ، أَنْ بِعْ والنقصانُ عَلَيَّ ، فهو أَمْرٌ قد أوجبه على نفسه ، والمعروفُ على مذهب مالك وجميع أصحابه لَازِمٌ لمن أوجبه على نفسه ، يُحكم به عليه ما لم يمت أو يُفلس ، وسواء قال له ذلك قبل أن ينتقد أو بعدما انتقد إلَّا أن يقول له قبل أَنْ ينتقد أَنْقِدْنِي وبع ولا نقصان عليك ، فلا يجوز ذلك لأنه قد دَخَله بيعٌ وسلفٌ ، وقال في سماع عيسى من كتاب العدة : إنه لا خير في ذلك لأنه يكون فيه عيوبٌ وَخُصُومَاتٌ فإن باع بنقصان لزمه أن يَرُدَّ عليه النقصانَ إن كان قد انتقد وألَّا يأخذَ منه أكثر مما باع به إن كان لم ينتقد ، وهذا إذا لم يغبن في البيع غبناً بيناً وباع بالقُرب ولم يؤخر حتى تَحُولَ الأسواق، فإن أَخَّرَ حتى حالت الأسواق فلا شيء له لأنه فرط ، والقولُ قولُه مع يمينه في النقصان إذا أتى بما يشبه كما قال ، لأنه قد إئْتَمنه على ذلك ، فوجب أَنْ يُصَدَّق إلَّا أن يأتي بما يُستَنكر .

واختلف إذا كان عبداً فأبق أو مات ، فقيل له إنه لا شيء له ، وقيل إنه موضوع عنه ، وهو اختيار ابن القاسم في سماع عيسى من الكتاب المذكور ، قال فيه : وأما إن كان ثوباً أو ما يغلب عليه فلا يصدق في تلفه إلَّا ببينة ، وَلَا يحل للمشتري أن يطأها إن كانت أمةً إذَا رَضِيَ بالشَّرْطِ وَقَبِلَه ، قال ابن

القاسم : فإن وطىء لزمته الجارية بجميع الثمن ، وَلَا يعدى على البائع بشيء ، لأنه لما وطىء فقد ترك ما جعل له ، وأما إذا باع منه على أَنّ لا نقصان عليه فلا يجوز ، واختلف إذَا وقع ، فقيل إنه بيع فاسدٌ ويحكم لَهُ بحكم البيعِ الفاسد ، وقيل إنه ليس بِبَيْعٍ فاسدٍ وإنما هي إجارة فاسدة ، وسيأتي القولُ على هذا في موضعه من كتاب العِدَةِ إن شاء الله تعالى .

من سماع عيسى ابن دينار من ابنِ القاسم

وقال في رجل دفع إلى رجلٍ حِمَاراً لِيَحُجَّ عليه فتعدى عليه الحاج فباعه بعشرة دنانير ، ثم وجده الحَاجُّ بعد ذلك يُبَاعُ فابتاعه بخمسة دنانير : إنَّ صاحبَ الحمار بالخيار إن شاء يأخذ حماره وخمسة دنانير ، وإن شاء ضَمَّنَه العشرة وترك الحمار .

قال محمد بن رشد : قال إنه إذا باع الحمارَ بعشرة دنانير ثم اشتراه بخمسة إن صاحبَه بالخيار بين أن يأخذ حماره والخمسة ، وبين أَنْ يضمنه العشرةَ ويترك له الحمار ، ولم يفرق بين أن يكون اشترى الحمارَ بخمسة لنفسه أو لربه ، وكذلك روى ابنُ أبي جعفر الذمياطي عن ابن القاسم في رجلٍ اغتصب حماراً فباعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة فاستحقه صاحبُهُ وهو عند غاصبه على حاله لم يتغير ، قال هو مخير إن شاء أخذ حِمَارَه والعشرةَ التي يفضلها ، وإن شاء تركه وألزمه العشرين التي كان باعه بها ، ولم يفرق أيضاً بين أن يكون اشترى الحمارَ بعشرة لنفسه أو لرب الحمار ، ولا يصح أن يُحمل الكلامُ على ظاهره في واحدة من المسألتين ، بل يُفَسَّر بما قاله محمدُ ابن المواز ، وذلك أنه حكى المسألة الأولى على نَصِّهَا فقال : وهذا إذا اشتراه لربه ، وأما لنفسه أو لمن يأمره بشرائه فالخمسة لَهُ ، وليس لرب الحمار إلاّ الرضى بالبيع الأول ويأخذ عشرةً أو يأخذ حماره فقط .

قال محمد بن رشد : قال أبو اسحاق التونسي : فإن أخذَ حمارَه رجعت الخمسُة إلى مشتريه أوَّلاً بعشرة ، لأن رب الحمار إذا أخذ حماره بالاستحقاق انتقضت البَيْعَتَانِ جميعاً ، وكان المشتري الأول قد أخرج عشرة رجع إليه منها خمسة وبقي له خمسةٌ فرجع بها على البائع منه ، وهو المستعير تمام العشرة التي دفع اليه وقولُ أبي إسحاق صحيحٌ مُفسر لكلام ابنِ المواز ألَا تَرَى أنه لو باعه المستعيرُ بعشرة ، ثم باعه مبتاع بعشرة مِن آخر بخمسة فجاء صاحبُه فأخذه من يد الثاني لرجع الثاني على الأول بالخمسة التي دفع اليه ، والأول على المستعير البائع منه بالعشرة التي دفع اليه ، وهو دليلُ ما في سماع سحنون بعد هذا أنه إنما اشتراه لربه ، ولو باع الحمارَ بعشرة ثم اشتراه بخمسة عشر كان صاحبُ الحمار بالخيار إن شاء أن يأخذ حماره أخذه،وإن شاء أن يُجيزَ البيعَ الثاني فيأخذ الخمسةَ عَشَرَ من البائع الثاني الذي قبضها ، وإن شاء أن يُجيزَ البيعَ الأولَ فيأخذ العشرة من البائع الأول الذي قبضها وهو المستعير ، فإن أخذَ حِماره انتقضت البيعتان جميعاً ورجع المبتاعُ الثاني المأخوذُ من يَدِهِ الحمارُ على البائع منه وهو المبتاع الأول بالخمسةَ عشر التي دفع اليه ، ويرجع هو عليه بالعشرة التي باع الحمار بها منه وَلَا يُقَاصُّه بها من الخمسة عشر فيرجع عليه بخمسة لا أكثر ، وإن أجاز البيع الثاني فأخذ الخمسةَ عشرَ من البائع الثاني الذي قبضها صَحَّ البيعُ الثاني وانتقض البيعُ الأول ، ورجع البائعُ الذي قبض صاحبِ الحمار منه الخمسةَ عشرَ على بائعه وهو المشتري الثاني الذي بقي الحمارُ بيده بالعشرة التي دفع اليه ، وإن أجازَ البيع الأولَ وأخذ العشرة من البائع الأول وهو المستعير للحمار المشتري الثاني بقي الحمار بيده ، وصَحَّتْ البيعتان جميعاً ولم يكن بينهما تراجع ، وقد رأيت لابن دحون في هذه المسألة كلاماً لَا يَصِحُّ قال إنه أن أخذ الخمسة عَشَرَ صَحَّ البيعُ الأول وبقي الحمارُ للمشتري الأول ، وإن أخذ العشرة بطلَ البيعُ الأول والثاني وبقي الحمارُ للمستعير بالعشرة .

والصوابُ ما ذكرناه أنه إن أخذَ الخمسة عشر صَحَّ البيعُ الثاني ،

وانتقض البيعُ الأول وإن أخذَ العشرةَ صحت البيعتان جميعاً ويقي الخيارُ في الوجهين جميعاً للمشتري الثاني والمستعير للحمار ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب إن خرجت من هذه الدار

وسئل عن امرأة أعارت أُخْرَى حجلة لها ولم تشهد على ذلك إلاَّ امرأتان ، فتزوجت المستعيرةُ ، ودخلت المعيرةُ إلى الريف وأقامت عشرَ سنين وماتت المستعيرة فأتت المعيرة تطلب الحجلة وأنكر ورثةُ المستعيرة فشهدت المرأتان بالعارية وقد غابت الحجلة ، قال ابنُ القاسم تحلفُ المرأة مع شهادة المرأتين بالله الذي لا إله إلاَّ هو ما قبضتُها بعد عاريتها ولا باعت ولا وهبت ، وتستحق ذلك في مال المتوفاة .

قال محمد بن رشد : قولُه إن المعيرة تحلف مع شهادة المرأتين بالله الذي لَا إله إلاَّ هو ما قبضتها بعد عاريتها ولا باعت ولا وهبت معناه بعدَ يمينها مع شهادتها لقد أعارتها إياها ، وهذا ما لاَ خفاء به ، وإنما سكت عنه بالعلم به ، إذ لا يخفي بأنها لاَ تستحق العاريةَ بشهادة المرأتين دون يمين ، فأراد أنها لا تكفي بحلفها مع شهادة المرأتين أنها أعارتها دون أن تحلف ما قبضتها بعد عاريتها ولا باعت ولا وهبت ، ولا بد من أن تحلف أيضاً على صفتها ، فيكون في مال المتوفاة ما قومت به الصفةُ التي حلفت عليها وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال إذا هلكت العاريةُ عند المستعيرة وَصَفَتْهَا وحلفت على الصفة إذا كانت العاريةُ مما يُغَابُ عليها ، فإن نكلت عن اليمين

وصفتها المعيرة وحلفت على الصفة وتستحق حَقَّها ، وذلك إذا لم يكن على صفتها شهود .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال ، وهو مما لا اختلاَف أعلمه فيه في المذهب ، لأن لمستعيرة غارمةٌ لما تَغَيَّبَ عليها من المتاع ، فالقولُ قولها في صفة ذلك على ما أحكمته السنة من أن البينة على من ادعى واليمينُ على من أنكر .

ومن كتاب البَرَاءَةِ

وسألته عن الخادم أو الحرة تأتي قوماً فتستعير منهم حَلْياً وتزعم أن أهلها بعثوها فيُعيرُونَها فيَهْلِكُ الحَلْيُ منها فَيَجْحَدُ أَهلُها ويقرون أنهم بعثوها وقد هلك منها المتاعُ قبل أَن تَخْلُصَ اليهم أو يأتي الرجلُ الرجلَ فيقول إنَّ فلاناً بَعَثَنِي إليكَ لتُعيره شيئاً من متاعك أو تَبْتَاعَ له بدين ، قال إن صَدَّقوه الذين بعثوه فهم ضامنون والرسولُ بريٌّ ، وإنْ حجدوا وحلفوا ما بعثوه حَلَفَ الرسولُ بالله لقد بعثوه ولا شيء على كل واحد منهم ، لأن الذين بعثوه لم يُقِرُّوا له بشيء وإن الرسولَ قد صَدَّقَه الذين أعطوه بما جاء به من الرسالة ، فليس عليهم أكثرُ من يمينهم بالله ما بعثوه ، وإنْ أَقَرَّ الرسولُ بأنه تَعَدَّى وكان حراً ضمن ، وإن كان عبداً كان في ذمته إنْ أعتق يوماً ما أَوْ أفادَ مالاً ولم يكن في رفقته شيء ، قال ولو زعم الرسول أَنَّه قد أَوْصَلَهُ إلى الذين بعثوه وجحدوه لم يكن عليهم ولا عليه إلاَّ اليمين ويبروا .

قال محمد بن رشد : اختُلِف فيمن ادعى وَكَالَةَ رجل يقبض له بها مالاً وادعى تلفَه ، فقيل يصدق فيما ادعى من الوكالة مع يمينه ، لأن الغريمَ

الدَّافع اليه قد صدقه ، ويسقط عنه الضمانُ ويرجع صاحبُ المال بماله على الغريم بعد يمينه إن كانت للغريم بينةٌ على مُعَايَنَةِ الدَّفع ، وهذا يأتي على رواية عيسى هذه ، وَلاَ يرجع الغريمُ على الوكيل بشيء لأنه قد صدق فيما ادعى من الوكالة بيمينه ، فكان ذلك كما لو ثَبَتَ بالبينة أو أقرَّ بها صاحبُ المال على ما في كتاب النكاح الأول من المدونة إلاَّ أن يكون فَرَّط في دفع المال إلى الموكل حتى تلف عنده ، قاله ابنُ الماجشون وهو مذهبُ ابنِ القاسم ، وحمله مطرفٌ على التفريط فأوجب للغريم الرجوعَ عليه ، وقيل لا يصدق وهو ضامن يحلف صاحب المال ما وكله ، ويرجع بماله على من شاء منهما ، فإن رجع على الغريم رجع الغريمُ على الوكيل،وإن رجعَ على الوكيل لم يكن للوكيل أن يرجع على أحَدٍ ، وهذا يأتي على ما في كتاب الوديعة من المدونة وعلى ما في سماع سحنون بعد هذا من هذا الكتاب لابن القاسم وأشهب .

فعلى القولِ بأنَّ الوكيلَ يصدق فيما ادعاه فيحلف ويسقط عنه الضمان وهو قوله في هذه الرواية إن أَقَرَّ بالعداء كان ذلك في ذمته إن كان عَبْداً ولم تكن في رقبته لأنه لا يلزمه عليها شيء إلاَّ بالإقرار وإقرارهُ لا يجوز على سيده وَلاَ يَعْدُو ذمتَه .

وأما على القول بأنه لا يصدق فيما ادعاه من الوكالة ويلزمه الغرمُ بعد يمين صاحب المال أنه ما وكله فاختلف إن كان عبداً هل يكون ذلك في رقبته أم لا على ثلاثة أقوال أحدها أنَّ ذلك يكون في رقبته وإن كان الغريمُ قد صدقه فيما ادعاه من الوكالة ودفع اليه باختياره لأنه خَلَبَه ، وهو قولُ أشهب وابنِ القاسم في سماع سحنون بعد هذا والثاني أن ذلك لا يكون إلاَّ في ذمتِهِ ، لأن الغريمَ قد صدقه فيما ادعاه من الوكالة ودفع اليه باختياره والثالث أَنَّ ذلك لا يكون في رقبته إلاَّ أن يقر بالعداء وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله باع شاة

قلت لابن القاسم : فالرجُلُ يستعير العاريةَ مما يغيب عليه مثلُ الثوب أو الفأس او المنشار أو غير ذلك فيأتي به مكسوراً فيقول إنكسر في الذي أعرتنيه هل يصدق في ذلك ؟ قال : لا يصدق فيه ، وهو ضامن ، وقال ابنُ وهب مثلَه ، قال عيسى : لَا ضمان عليه إذا أتي بذلك بما يُشبه ويُرى أنه إنما انكسر في العمل لِأن ذلك لا يخفى .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة يَتَحَصَّلُ فيها أربعةُ اقوال احدها قولُ ابن القاسم وابن وهب هذا أنه لا يصدق إذا أتى به مكسوراً في أنه انكسر في الشَّيء الذي أعاره إلَّا أن يأتي على ذلك بالبينة ، وهي رواية ابنِ أبي جعفر الدمياطي عن ابن القاسم أيضاً والثاني أنه يصدق إذا اتى من ذلك بما يشبه ، وهو قولُ عيسى ابن دينار ، ومثلَه حكى ابنُ حبيب في الواضحة عن مطرف وأصبغ ، واختاره ، غيرَ أنه رأى من محاسن الأخلاق أن يصلحه والثالث قولُهُ في المدونة في السيف إنه لا يُصَدق إلَّا أن يكون له بينة انه كان معه في اللقاء ، والرابع قولُ سحنون أنه لَا يُصَدق إلَّا أن يكون بينة أنه ضرب به في اللقاء ضرباً يجوز له ، وهذا أبعدُ الأقاويل .

وأولاها بالصواب قولُ عيسى ابن دينار الذي اختاره ابنُ حبيب أنْ يصدق إذا أتى من ذلك بما يشبه ويُرى أنه إنما انكسر في العمل الذي أعاره فيه ، يريد مع يمينه والله أعلم وبه التوفيق .

من نوازل سئل عنها عيسى ابن دينار

وسئل عيسى عن الجدار يكون بين الدارين لِأحدِ الرَّجلين

ويكون قد مَالَ ، فيسألُ الذي ليس هو له صاحبَه الذي هو له أن يأذن له يهدمه فيهدمه ويبنيه له على أن يحمل عليه خَشَبَ بيته فيفعل ، هل يكون سبيلُ هذا سبيلَ العارية يكون المُعيرُ إذا احتاج إلى جداره أولى به من المُعَار ؟ قال : بل سبيله عندي الاشتراء ، لا يكون لصاحب الجِدَارِ أن يَرْفع خشب الباني عنه أبداً وإن احتاج اليه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه ، إذ لا فرق بين أنْ يسمي له حائطَهُ على أن يحمل عليه خَشَبَ بيته وبين أن يُعطِيه على ذلك دنانير أو دراهم ، وإنما الاختلافُ إذا أذِنَ له في ذلك على غير عوض ، ثم أراد أن ينزعها حسبما مضى القولُ فيه مستوفى في رسم صلى نهاراً ثلاث ركعات من سماع ابنِ القاسم من كتاب الأقضية وبالله التوفيق .

من سماع يحيى ابن يحيى

من ابن القاسم

وسألته عن الرجل يستعير أو يكتري الثوب المرتفع أو الدني يلبسه ويمسك مصباحاً فيسقط على الثوب فيفسده أيَضمنُ ما أفسد فيهما أَوْ لا؟فقال : نعم ضمان ذلك واجب عليه في الرفيع والدني ، فإن كان يسيراً أصلحه وإن كان مفسداً غرِم قيمةَ الثوب وحَبَسه ، قال وسواء سقط على ثوبٍ استعاره ، أو سقط على رجل كان إلى جنبه هو ضامن في الأمرين جميعاً .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى القولُ فيها في رسم بَاعَ غلاماً من سماع ابنِ القاسم فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

من سماع سحنون من ابن القاسم

قال : وسألته عن الرجل يستعير الدابة إلَى موضعٍ يركبها إليه فيبيعها قَبْل أن ينتهي الموضع بعشرة دنانير ، فلما رجع اشتراها بخمسة دنانير وأتى بها إلى صاحبها ، قال ابن القاسم : سيدُ الدابة بالخيار إن شاء أخَذَ دابته والخمسة دنانير التي نقصَهَا البائعُ لأنها ثمن دابته ، وإن شاء أخذ العشرة دنانير ، وكذلك بلغني عن مالك .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه الرواية وأتى بها إلى صاحبها يدل على أنه إنما اشتراها لربها ، وعلى ذلك أتى جوابُها به وقد مضى الكلامُ على ذلك في أول سماع عيسى فلا وجه لإعادته .

مسألــة

قال سحنون : اخبرني علي ابنُ زياد أنه سمع مالكاً يقولُ وسُئِلَ عن رجل استعار دابةً إلى بلد سماه فركبها إلى غير ذلك البلد الذي استعارها إليه فَعَطِبَتْ الدابةُ أتراه ضامناً أم لا ؟ فقال مالك إن كان البلدُ الذي ركبها إليه في السهولة والحُزُونة مثلَ البلد الذي استعارها اليه فلا ضمان عليه .

قال محمد بن رشد : قولُه لا ضمانَ عليه يدل على انه ليس بمُتَعَدِّي في ركوبها إلى غير البلد الذي استعارها اليه اذا كان مثلَه في السهولة والحزونة وأنَّ له أن يفعل ذلك ، ولابنِ القاسم في المبسوطة أنه ضامنٌ إن ركبها الى غير البلد الذي استعارها اليه ، وهو الذي يأتي على أصله في كتاب الرواحِل والدواب من المدونة في أن من أكْرَى دابة إلى بلد فليس له أن يركبها إلى بلد

غيرِ ذلك البلد إلاّ بِرضى المكري ، وعلى قول غيره فيه إن ذلك لا يجوز وإن رضي المُكري ، فيأتي على رواية علي ابن زياد هذه أن من اكرى دابة إلى بلد فلَهُ أن يركبها الى بلد غيرِه إن كان مثلَه في الحزونة والسهولة .

ويتحصلُ في المسألة ثلاثةُ أقوال احدها أن ذلك له **والثاني** أن ذلك ليس له **والثالث** أن ذلك لا يجوز ، وقد مضى هذا المعنى في أول سماع ابنِ القاسم من كتاب الجُعل والإجارة وفي آخر سماع أشهب من كتاب الرواحِل والدواب وبالله التوفيق .

مسألــة

وسألت اشهب عن العبد يأتي إلى الرجل فيقول سيدي أرسلني اليك في كذا وكذا فيعطاه ، ثم يزعم العبدُ أنه أعطاه إلى سيده أو يتلف ، وينكر السيدُ ، قال : أراه فاجراً خلاباً ، وأرى ذلك في رقبته كالجِناية ، فلو كان حُرّاً كان ديناً عليه ، وسألتُ عنها ابنَ القاسم فقال إنما هو على أحد وجهين ، إذا أقر السيدُ غرِمَ ، وإن لم يُقر كان في رقبته لأنه خَدَعَ القَوْمَ .

قال محمد بن رشد : قد قيل إنَّ ذلك يكون في ذمته ، ولا يكون في رقبته ، وهو الذي يأتي على ما في رسم البراءة من سماع عيسى قبل هذا ، وإنما يكون ذلك في رقبة العبد بعد يمينِ السيدِ أنه ما أرسَله إن حقق المرسَل إليه الدعوى عليه بإتفاق ، وان لم يحققها عليه على اختلاف ، فإنْ نكل عن اليمين رجعت على المرسَل اليه إن حقق الدعوى باتفاق ، وإن كان لم يحققها على اختلاف ، ويكون الغُرم عليه يُبَاعُ فيه عليه العبدُ وغيره من ماله ، وعلى ما مضى في رسم البراءة من سماع عيسى يَحْلِفُ العبدُ لقد تلِفَ أو لقد دَفَعَهُ إلى سيده ويسقط عنه الضمان ويحلفُ السيدُ إن كان ادعى أنه دفعه اليه ويسقط عنه الضمان أيضاً وبالله التوفيق .

مسألـــة

من سماع أصبغ ابنِ الفَرَج من ابن القاسم

قال أصبغُ : وسمعته يقول في المُستعير للعارية بضمانٍ مثل الدَّابة وما يظهر أنَّه لا ضمان عليه إذا لم يفرط ولم يتعدَّ ، وقال أصبغُ وشرطُ المُعير باطلٌ ساقط ، لِأنه شرط خلاف السنة في ذلك ، وقال أشهب في العارية والرهن يشترطُ المُستعير والمرتهن أن لا ضمان عليه إنَّ شرطَه باطلٌ وإنه ضامن فيهما جميعاً ، سُئِلَ عن هذا فأجاب بهذا ، ولم أسمعه فحكى قولَه بعضُ أهل المجلس لبعض وهو يسمع ، فلم يُنكر ذلك وسكت عليه ، وقاله اصبغُ وقد قَالَهُ ابنُ القاسِم لِي سواء .

قال محمد بن رشد : أمّا إذا اشترط المعير على المستعير ضمانَ ما لا يُغابَ عليه فقولُ مالك وجميع أصحابه إن الشرط باطلٌ جملةً من غير تفصيل حاشا مطرف فإنه قال : إن كان شرطَ عليه الضمان لأمرٍ خافٍ من طريق مخوفة أو نهرٍ أو لصوص أو ما أشبه ذلك فالشرط لازمٌ إن عطبت في الأمر الذي خافَه واشترطَ الضمانَ من أجله ، وقال أصبغُ لا شيءَ عليه في الوجهين ، مثلُ قول مالكٍ وأصحابه ، وينبغي إذا اشترطَ المُعير على المستعيرِ الضمانَ فيما لا يُغاب عليه فأُبطل الشرطُ بالحكم عن المستعير أن يُلزَم إجارة المثل في استعماله العاريةَ ، لأن الشرط يُخرج العاريةَ عن حكم العارية وسنتها إلى بابَ الإِجارة الفاسدة ، لِأن رَبَّ الدابة لم يَرْضَ أن يُعيره إياها إلاّ أن يشترط أن يُحرِزها في ضمانه ، فهو عوضٌ مجهولٌ يُرد إلى المعلوم .

وأما إذا اشترط المستعيرُ أو المرتهن أن لا ضمان عليه فيما يُغاب عليه أو اشترط ذلك الصانعُ فشرطُه باطلٌ قال ابنُ القاسم في المدونة في الرهن وفي

بعض الروايات فيها في العارية والصانع ، وقال أشهبُ ها هنا في العارية والرهن : وكذلك يلزم على قياس ذلك في الصانع ، وقد حكى ابنُ أبي زيد في المُختصر عن أشهب في الصانع يشترط أنْ لا ضمان عليه : إن شرطه جايزٌ ولا ضمان عليه ، فيلزم على قياس قوله مثله في العارية والرهن لِأنه إذا لَزِمَ الشرطُ في الصانع فأحرى أن يلزم في المستعير ، لأن المُعير إذا أعاره على أنْ لا ضمان عليه فقد فعل المعروفَ معه من وجهين ، فَالأظهر إعمالُ الشرط وما لإسقاطه وجهٌ إلّا أن يكون ذلك من باب إسقاط حق قبل وجوبه ، فلا يلزم على أحد القولين .

وقد يحتمل أن يفرق على مذهبه بين الصانع والمستعير أن الأصل في الصُّنَاع أنه لا ضمان عليهم لأنهم أُجَرَاء ، وإنما ضمنوا لمصلحة العامة ، والأصل في العارية عنده الضمانُ لقول النبي عليه السلام لِصَفْوَانَ ابنِ أمية : عاريةٌ مضمونةٌ مؤدّاةٌ[٥] لَمّا سأله عما استعاره منه من السلاح والأداة هل هي مضمونة أو مؤداة ؟ ألاَ ترى أنه يُضَمِّنُ المُستعير ، وَإنْ قَامَتْ البينة على التلف فرأى إعمال الشّرْط في الصانع ، لِأنه اشترط ما هو الأصلُ ، ولم يَرَ إعمالَه في العارية لأنه اشترط خلافَ الأصل ، والأول أظهر لأنه اختلافٌ من قوله ، وإلا فرق في ذلك بين الصانع والمستعير ، إذ قد روى عن النبي عليه السلام أنه قال : ليس على المستعير ضَمَانٌ[٦] ، وإذا وجب على المستعير ضمانُ

---

(٥) رواه أحمد وأبو داود عن صفوان بن أمية أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه يوم حُنين أدرعاً ، فقال : أَغَصْباً يَا مُحَمَّد ؟ فقال : بل عارية مضمونة ، قال : فضاع بعضُها فعرض عليه صلى الله عليه وسلم أَنْ يَضْمَنَها ، فقال : أَنَا اليوم في الإسلام أَرْغَبُ ، وأخرجه النسائي والحاكم ، انظره في كتاب الوديعة والعارية من منتقى الاخبار .

(٦) حديث ليس على المستعير ضمان أخرجه الدارقطني بلفظ : ليس على المستعير غيرِ المُغِلّ ضَمَانٌ ولا على الْمُسْتَوْدَع غير الْمُغِل ضَمان . وقال إنما نروي هذا عن شريح غير مرفوع ، وقال الحافظ : في إسناده ضعيفان ، انظره في نيل الأوطار ، في أول كتاب الوديعة والعارية .

العَارية فإنه يضمن قيمةَ الرقبة يوم انقضاء أجل العارية على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه بعد يمينه لقد ضاعت ضياعاً لا يقدو على ردها ، لِأنه يُتهم على أخذِها بقيمتها بغير رضى صاحِبِها ، وبالله التوفيق .

من سماع محمد ابن خالد

قال محمد بن خالد : وسألتُ ابن القاسم عنِ رجل يُعْري رجلًا نخلًا من نخله حياةَ المعرى فيموت المعرى وقد أُبِّرَ النخلُ لِمَن تكون الثمرة ؟ قال مالك للمُعْري ما لم تطب الثمرة فإن مات وقد طابت الثمرةُ فمن كان أَعْرَى فذلك لِوَرَثَتِهِ .

قال محمد بن رشد : قولُ مالك هذا في هذه الرواية إنّ ثمرةَ العارية تكون للمُعْري وإن أُبِرَت ما لم تَطِبْ صحيحٌ على قياس القول بأن السقي والزكاة على المُعْري ،لأنه رأى العاريةَ باقيةً على ملكه ما لم يطب لِأنها حملها محمل الحبس ، وعلى القول بأن السقي والزكاة على المعرى يكون حكمُها حكمَ الهبة لا حكمَ الحبس ، ويستحقها المعرى بالإبار ، وتكون لورثته إن مَاتَ قبل الطياب ، وهو مذهب أشهب أنّ الثمرة تجب لورثة المحبس عليه بالإبار كالهبة وكذلك العاريةُ على قياس قوله وبالله التوفيق لا شريك له .

تَمَّ كتابُ العارية بحمد الله تعالى

كتابُ العِدَةِ

من سماع ابن القاسم من كتاب أوله باع غلاماً

وسألتُ مالكاً عن رجل هلك وعليه مشيٌّ إلى بيت الله فسأل ابناً له أن يمشي فَوَعَدَهُ بذلك ، قال : أما إذا وعده فإني أُحِبُّ له أنْ لو فعل ذلك به ، ولكن ما ذلك رَأْيِـي أن يمشي أحدٌ عن أحد ولكني أحب إذا وعده أن يفعل ذلك به .

قال محمد بن رشد : تكررت المسألة بعينها في هذا الرسم من هذا السماع من كتاب الحَجِّ ، والمعنى فيها أن مالكاً استحب له أنْ يَفِيَ لأبيه بما وعده به من أَنْ يمشي عنه وإن كان ذلك عنده لاَ قُربَه فيه من ناحية استحبابِ الوفاء بالوعد في الجائزات وبالله التوفيق .

من سماع عيسى ابن دينار من ابن القاسم

قال عيسى وسألتُ ابنَ القاسم عن الرجل يبتاع من الرجل السلعةَ على أَنْ لا نقصانَ عليه ، قال مالكٌ : ليس بيعاً ، فإن باع فله إجارته وإن أدرك قبلَ أن يفوت فُسِخَ ذلك ، وإن كان عبداً فمات في يديه كانت مصيبته من البائع .

قلت له : فإن أعتقه المشتري على هذا الشرط ؟ فإنّ عتقه جائزٌ وتكونُ عليه القيمة وإن كانت جاريةً فأحبلها كانت عليه القيمةُ ومضى البيع لِأنه أمر قد اختُلف فيه .

ولقد كان عبد العزيز بن أبي سلمة يقول : إن مات فضمانه من المبتاع ، ولكنا نتبع مالكاً في الموت إذا فات إنه من البائع ، قال : فإن فات بحملٍ أو عتقٍ كان عليه القيمة ، قال أصبغ : قلت لابن القاسم : فإن كانت جاريةً فوطيها المبتاعُ فحملت أو لم تحمل أو أعتقها أو وهبها أو تصدق بها ؟ قال : يكون عليه بالثمن الذي اشتراها به ، لِأنه ذلك رضي منه بالثمن إذا فعل ذلك ، وذلك أَحْمَلُ للقياس ، لِأني إن جعلته أجيراً لم أُجِزْ بيعه ولا هبته ولم أجعلها أم ولد[1] وإن أبا أنا جعلته بيعاً فاسداً وألزمتُه القيمةَ لم يحمله القياس ، وأَحَبُّ إليَ أن يلزمه الثمن في الفوت في هذه الأشياء الذي سألتَ عنها وأجعلُ ذلك رضي منه بالثمن .

قلت له : فإن جاء بالبيع ؟ فقال عليه قيمةُ ما جاء به ، قال عيسى قلت : فإن قال له ذلك بعد البيع ولم يقل له ذلك في عقدة البيع : بع ولا نقصان عليك ، قال : إذاً يلزمه ذلك إن باع بنقصان ، وهو قول مالك أيضاً ، قال أصبغ : وأما إذا كان عبداً فأبق أو مات وكان الشرطُ بعد عقدٍ ففيه اختلاف ، والذي أقول أنا به أنه موضوع عن المشتري ، وأما إذا ذهب الثوب فلا يُقبل قولُه إلّا ببينة أنه ذهب وإلّا فهو منه ، ولا يحل للمشتري أن يطأها إذا رضي بالشرط وقبله ، قال لي ابن القاسم فإن وطِىءَ لزمته الجاريةُ بجميع الثمن ، ولا

---

(١) بياض بالأصل ، وبنسخة ق ٣ : كلمة لم تتضح ولعلها « بوطئه » مع تكلف .

يعدى على البائع بشيء ، لأنه لما وطيء فقد ترك ما جعل له .

قال عيسى قلت له : فرجلٌ اشترى من رجل سلعة ونقده الثمن ثم جاءه بعد ذلك يستوضعه ؟ قال إذهب بع ولا نقصان عليك ،قال : لا بأس بهذا إذا كان قد انتقد ، فإن لم يكن انتقد فقال له بع ولا نقصان عليك من غير أن ينقده أيضاً فلا بأس به ، وإن قال له أنقدني وبع ولا نقصان عليك فلا خير فيه ، قلت : لم ذلك ؟ قال لأنه يكون فيه عيوب وخصومات .

قال محمد بن رشد : اتفق مالكٌ وأصحابه فيما علمت على أنه لا يجوز أَنْ يبيع الرجل سلعتَه أو جاريته من الرجل بثمن يسميه له على أنه لا نقصان عليه منه فإن وقع وعُثِر عليه قبل أن يفوت بوجه من وجوه الفوت فُسِخَ ، وإن لم يُعْثر عليه حتى فات ببيع أو حوالة سوق أو موت فاختلف هل يحكم بذلك بحكم البيع الفاسد أو بحكم الإجارة الفاسدة ، فقيل إنه يحكم في ذلك بحكم البيع الفاسد فيصح البيعُ في ذلك كله بالقيمة يوم القبض ، وهو أحدُ قولي مالك وأحدُ قولي عبد العزيز ابن أبي سلمة وقيل إنه يحكم في ذلك كله بحكم الإجارة الفاسدة لأنه كأنه استأجره على بيعها بما كان فيها من ربح وعلى الثمن الذي سماه له ، فتكون المصيبةُ فيها من البائع إن ماتت وترد إليه إن كانت فاتت بحوالة أسواق أو عيب من العيوب المفسدة ، ويكون له الثمن الذي بيعت به إن فاتت بالبيع كان أقل من الثمن الذي سمي له أو أكثر ، ويكون للمبتاع إجارة مثله في بيعه إياها، وهذا قول مالك في هذه الرواية وقوله في موطأه وقولُ عبد العزيز ابن أبي سلمة في الواضحة .

وأما إن لم يعثر على ذلك حتى أفاتها المبتاع بهبة أو صدقة أو عتق إن كان عبداً أو حمل إن كانت أمة فاختلف في ذلك على القول بأنها إجارة فاسدةٌ فقيل إنه يكون على المبتاع في ذلك القيمةُ يريد يوم الهبة أو الصدقة أو العتق

أو الإحبال مراعاةً لقول من يقول إنه بيع فاسد فيَراها في ضمانه بالقبض ، وهو خلافُ قول مالك في هذه الرواية ، وقيل إنها تكون عليه بالثمن الذي اشتراها به لأن ذلك رضي منه بالثمن ، وهو قول ابن القاسم من رواية أصبغ عنه في هذه الرواية ، وأما على القول بأنه بيع فاسد فتكونُ عليه القيمة في ذلك كله يوم القبض على حكم البيع الفاسد قولاً واحداً واختلف في هذه المسألة أيضاً قول ابن القاسم ، لأن ابنَ حبيب حكي عنه أنه بيعٌ فاسدٌ لا إجارةٌ فاسدة مثل قول مالك الذي رجع إليه، خلافُ قوله في هذه الرواية وفي مُوَطأه وقوله في رواية أصبغ عنه في هذه الرواية إنها يكون عليه بالثمن إن فوتها بعتق أو هبة أو صدقة أو إيلَادٍ يأتي على قياس قول مالك في هذه الرواية في موطإه ، وقد مضى في آخر سماع أشهب من كتاب العارية القولُ مستوفى في إذا باع منه بيعاً صحيحاً دون شرط ثم قال له بعد البيع بع ولا نقصان عليه ، فأغنى ذلك عن إعادته .

مسألــة

قلت : فالرجل يشتري من الرجل طعاماً نقداً أو إلى أجل فاستغلاه ، فقال للبائع أَقِلْنِي ، فقال : بع ولا نقصان عليك ، ثم قال : بع عشرة أَرَادب فما نقص منها وضعتُ لك من كل عشرة بحساب ذلك ، وكان اشترى منه مائةَ إردب بثلاثين ديناراً فباع العشرة بدينارين ، فوضع عنه عشرة دنانير .

فقال : هذا لا بأس به وسواء كان نقداً أو إلى أجل قبض الثمن أو لم يقبض .

قال محمد بن رشد : قولُهُ يشتري من الرجل طعاماً نقداً أو إلى أجل معناه بثمن نقداً أو بثمن إلى أجل .

وقولُهُ في آخر المسألة إنَّ هذا لا بأس به وسواء كان نقداً أو إلى أجل

قبض الثمن أو لم يقبض كلامٌ فيه نظرٌ أمَّا إذا لم يقبض البائعُ الثمنَ فَوَضَعَ عن المبتاع منه العشرةَ التي انتقص في الطعام فلا إشكال في أنَّ ذلك جائزٌ ، لأنه يصير ثمنُ الطعام له عليه بما بقي منه بعد الوضيعة ، وأما إن كان قد قبض ثمن الطعام منه وغاب عليه ثم رَدّ إليه منه ما انتقص في ثمن الطعام فهذا لا يجوز ، ويدخله البيعُ والسلف ، لأن ما رد اليه من الثمن يكون سلفاً ، وما بقي منه يكون ثمناً للطعام ، فيُتَّهَمَان على القصدِ إلى ذلك والعمل عليه ، كانا من أهلِ العينة أو لم يكونا إنْ كان الثمنُ إلى أجلٍ ، وإن كان الثمنُ نقداً فلا يُتهمان في ذلك إلّا أن يكونا من أهل العينة ، وهذا في ما يُوجِبُهُ الحكمُ بالمنع من الذرائع ، فإن طلبَ المبتاعُ الوضيعةَ لم يُحكم له بها في الموضع الذي يُتهمان فيه على أنهما قصَدَا إلى البيع والسلف .

وإن لم يُعثر على ذلك حتى يقبض المبتاعُ العشرة فيتَخَرَّج ذلك على قولين ، احدهما أنه يَرُدُّ العشرةَ إليه وَلاَ يُفْسخ البيع ، والثاني أنه يفسخ البيع ولا شيء عليهما في ذلك فيما بينهما وبين الله تعالى إن كانا لم يعملا على ذلك وَلاَ قصدا إليه ، وقد مضى في رسم القطعان من سماع عيسى من كتاب السَّلم والآجال ما فيه بيانُ هذا المعنى فقف عليه وتدبره يَبِنْ له وجهه إن شاء الله .

مسألــة

قال عيسى : وسألْتُهُ عن رجل اشترى من رجل طعاماً بِعَيْنِه ، فلما ذهب يقبضه وجده مسوساً فمخطه فقال له البائع : بع ولا وضيعة عليه ، فحمله في سفينة فغرقت السفينة .

قال : مصيبتُهُ مِنْ البائع ، لِأن البيعَ الأولَ لم يكنِ بشيء ، وإنما هو بَيع حادث فضمانُهُ من البائع ، ويُعطي المشتريَ أجرته فيما حمله وشخص فيه .

قال محمد بن رشد : هذا صحيحٌ على قياس القول بِأَنّ البيع على أَنْ لَا نقصانَ على المشتري بشرط في أصلِ العقد إجارةٌ فاسدةٌ تكون المصيبة فيها من البائع ، ويكون للمبتاع أَجْرُ مثله لأنه لما وجد المبتاعُ الطعامَ مسوساً وجب نَقْضُ البيع ، فقولُه له بعد وجوبِ البيعِ لَمّا وجب ردُّه بسبب العيب : بع ولا نقصان عليك بمنزلة قوله ذلك في أصل العقد ، لِأنّه الآنَ بيعٌ مبتدأً ، وقد مضى القولُ على حُكم هذا البيع وما فيه من الاختلاف قبلَ هذا فلا معنى لإعادته .

مسألــة

قال أصبغُ : سمعتُ أشهبَ وسُئل عن رجل اشترى كرماً فخاف الوضيعةَ فأتى يَسْتَوْضِعُهُ فقال له : بع وأنا أُرضيك .

فقال : إن باع برأس المال أو بربح فلا شيء له ، وإن باع بوضعية كان عليه أن يُرضيه فإن زعم أنه أراد شيئاً سماه فهو ما أراد ، وإن لم يكن أراد شيئاً أرضاه بما شاء وحلف أنه ما أراد أكثرَ منه يوم قال له ذلك ، قال فسأَلتُ عنها ابنَ وهب فقال : عليه رضاه فيما بينه وبين ثمن السلعة والوضيعةُ فيها ، وهو أَحَبُّ إلي وبالله التوفيق .

قال محمد بن رشد : كذا وقع قولُ ابن وهب ها هنا ، عليه رضاه فيما بَينه وبين ثمن السلعة والوضيعةُ فيها ، وهو كلامٌ مُلْتَبِسُ المعنى ، وقد وقعت هذه المسألة بعينها في آخر أول رسم من سماع أصبغ من كتاب جامع البيوع فقال فيها : عليه رضاه بما يُشبه ثمنَ ملك السلعة والوضيعةُ فيها ، وهو المعنى الذي أراد هنا ، فيُفسر بما وقع من قوله هناك ، وقد مضى القولُ هناك على هذه المسألة مستوفى فلا معنى لإعادته مرة ثانية هنا .

ما يلزم من العِدَةِ

قلت لسحنون : ما الذي يلزم من العدة في السلف والعارية .

قال : ذلك أن يقولَ الرجلُ للرجل إهدم دارَك وأنا أسلف ، واخرج إلى الحج وأنا أسلفك ، أو تزوج امرأة وما أشبه هذه الأشياء مما يدخله ويكون سبب دخوله لموعده ، فهذه العِدَة تلزم ، فأما أن يقول رجل لرجل أنا أسلفك أو أنا أعطيك وذلك لغير شيء ألزمه نفسه المأمُورُ بأمر الآمْرِ فهذا لا يلزم .

وسُئِل أصبغ عن العِدة والرأي الذي يُقضي به على من كان ذلك منه ، وعن العدة التي لا يلزم بهما الحكمُ بما وعد ، قلت أرأيت لو أنَّ رجلاً أتَاني فقال لي إني أُريد النكاحَ فأسلِفْني مائةَ دينار لِأَجَلِ كذا وكذا أَقْضِيكَهَا إن شاء الله ، فقلت له : نعم أنا أسفلك فأنكح، فذهب فنكح ثم جاء يَسْتَسْلِفُنِي المائة، فقلتُ قد بدا لِي ألَّا أسلفك ؛ وإنما قلتُ لك سأفعل ، ولستُ أسلفُك شيئاً ، هل يحكم علي بمثل هذه العدة ، قال : نعم يُحكم عليك بأن تسلفه ما وعدته على هذا السبب ويجبُرُكَ السلطانُ .

قلت فإنْ كَانَ لم ينكح على عدةٍ حتى بدا لي في العِدَةِ فأعلمته قبل أن ينكح أني لا أسلفك شيئاً ، أيلزمني القضاء بما وعدته ولم يدخل من سبب وعدي في شيء يلزمه به شيء ؟

قال : لا رجوع لك فيه سواء نكح أو لم ينكح إذا كنتَ قد وعدتَه على سبب النكاح وأخبرَكَ حينَ سألك السلف بالذي يريده له وبين لك حاجتَه فوعدته أن تسلفه على ذلك ، فالعِدَةُ تلزمك بالحكم

نَشَبَ في الأمرِ الذي سألك السلف له أو لم ينشب فيه بعد ، قال وكذلك لو جاء فقال لك أعِرني دابتَك أركبها غداً إلى موضع كذا وكذا وسمى لك حاجتَه ، فقلتَ نعم أنا أعيرك غدا ، ثمبَدَا لَكَ لم يكن ذلك لك ، ويُحكم عليك بعاريته .

قلت : فإن قلتُ لرجل أسلفني مائة دينارٍ إلىٰ أجل كذا وكذا فإني أُريد شراء جارية فلان أو دابة فلان أو سلعة من السلع فقال نعم أسلفك ، ثم بدا له أَنْ لاَ يفعل ؟ قال : يحكم عليه بأن يسلفك ما وعدك ، قال وكذلك لو جئتَه فقلتَ له إن غُرَمَائِي يُلْزِمونني بِدَينٍ لهم علي وهو كذا وكذا فأسلفني أَقْضِهِم ، قال نعم ، ثم بَدَا له لَمْ يَكن ذلك له ، ويحكم عليه بأن يسلفك ما وعدك .

قلت : وكيف تلزمني هذه العِدَةُ ويُحكم علي بها وإنما أنا رجلٌ قلتُ له أنا أفعل ولم أقل قد فعلتُ فيكون علي بواجب وإنما هي كذبة كذبتها فقلتُ أنا أسلفك أو أعيرك ثم بدا لي في ذلك ومالي في يدي وأَنْتَ أيضاً لم تَنْشَبْ في نكاح بسبب عِدتي ولا ألزمك شراً ولا تجهزتَ لسفرك على عدتي فيكون هذا شيئاً أدخلتُه عليك فيلزمني لذلك إمضاءُ مَا وعدتُك به للذي دخلتَ فيه من أجل عِدَتِي .

قال : إنما يلزمُك ذلك لأنّ وَأْيَ المؤمنِ واجبٌ جاء عن رسول الله صلى الله عليه ، سحنون عن ابنِ وهب عن هشام ابنِ سعد يرفعه أَنَّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم قال وَأْيُ المُؤمِنِ واجبٌ[٢] قال : فتفسيرُ الوَأْيِ العِدَةُ قال : وقضى بها عمرُ ابنُ عبد العزيز

(٢) رواه أبو داود في مراسله عن زيد بن أسلم مرسلاً . رمز السيوطي لضعفه ، تقدم في رقم ٥ من الكتاب قبل هذا .

ابنُ وهب عن يونس ابن زيد عن ابن شهاب أن قوماً وعدوا رجلًا في أعطياتهم بشيء وَجَدُوهُ منها إذا خرجت فَنَكَصُوا عنه ، فرافعهم إلى عمر ابن عبد العزيز فقضى لَهُ عليهم بها ، وهو كتاب النظرة بالدين إذَا وَأَوْا أَوْ وَعَدُوهُ بالنظرة وعداً .

قلت فالعدةُ التي لا يُحكم بها ما هي ؟

قال يأتيك رَجل فيقول أعرني دابتك أو أسلفني كذا وكذا بغير سبب يذكره من نكاح يريده ، أو سفرٍ يصفه ، أو حاجةٍ نزلت به في ذلك يصفها أو دينٍ يريد قضاءه ، إلاّ أنه كلامٌ هكذا فقال لك أسلفني فقلتَ نعم أسلفك مائةَ دينار وأعيرك دابتي غدا ، فإذا كانت العدةُ هكذا لم يعدها بسبب الحاجة التي يريدها له حتى تكونَ إنما وعدتَه على سبب ما وصفتُ لك من حاجته إلى ما سألك واضطرارِه إليه بالذي يريدُ بالدخول فيه من سببِ عِدَتِكَ فوعدتَه على ذلك فلا شيء عليك إن بدا لك ولكن إذا قَادَ العدةَ أبداً سببُ الحاجة التي أرادها فوعدته بعد علم بالذي أرادها له وبين لك سبب حاجته إلى مَالِكَ فوعدتَه فذلك يلزمك له نشب في شيء من حاجته التي سألك فيها الذي وعدتَه أو لم ينشب إلا أن يترك الأمرَ الذي وعدته من أجله تركاً فتسقط العدة عنه .

قلتُ أرأيت لو أتيتَ رجلًا فقلتَ له إنّي أُريد غداً جمعَ أزواجٍ للحرث فأعرني زَوْجَكَ يحرث عندي غداً ، ثم بدا له أن يعيرني[٣] قال أرى أن يلزمه إذا كنتَ قد أخبرته بإجماعك على العمل غداً ولجمعك الأزواج ونصبك لذلك فليس له أن يرجع عما وعدك ،

(٣) كذا بالأصل وبنسخة ق ٣ .

قال : وكذلك لو أنَّ لك على رجل ديناً فسألك أن تؤخره إلى أجل كذا وكذا ، فقلت أنا أؤخرك ثم بدا لك أنْ لا تؤخره لم يكن ذلك لك ، ولزمك تأخيرُه إلى هذا الأجل .

قلت : وسواءٌ قلتُ له أنا أؤخرك أو قد وخرتك ؟ قال : نعم هما سواء في الحكم عليك ، غيرَ أن قولك أنا أؤخرك عدة تلزمك ، وقولك وقد وخرتك شيءٌ واجب عليك ، لِأنه في أَصْلِ حَقِّكَ لم تبتده الساعةَ ، فكلاهما يلزمك الحكمُ به ، غيرَ أن قولكَ قد وخرتك أَوْجَبُهَا وأوكدها وأثبتها فيما يلزم به الحكمُ وإن كانا لازمين جميعاً ، قال أصبغ : جيدة ، قيل له : فما سألناك عنه من العدة بالسلف ؟ قال : إن قال له أسلفني كذا وكذا فإني أريد النكاحَ أو إني أريد أن اشتري سلعةً أو شيئاً مما أراد له السلفَ فقال نعم أنا أسلفك ما سألتَ ولم يكن الطالب سمى أجلاً يسلفه إليه أكثر من قوله أسلفني كذا وكذا فقال نعم ثم بدا له أنْ لا يسلف شيئاً أيكون هذا وعدتُه على غير ذكر الأجل سواءٌ ؟ قال : نعم سمى أجلاً أو لم يسمه له يقضي عليه فيهما جميعاً وليس له أَنْ يبدوَ له ذِكرُ الأجل أو لا يذكره له .

قلت فإن المسلف يقول لم أعده بأن أسلفه إلى أجلٍ بأن يحكم له بأن يسلفه ما وعده فأنا أدفع إليه ما وعدتُه من السلف وآخذُه منه مَكَانِي لأنه حالٌ ليس بيني وبينه فيه أجل ؟ قال : يقضي عليه بأن يُسلفه مَا وعده به ، وليس له أَنْ يأخذه منه من ساعته حتى ينتفع به المتسلف ويمضي القضاءُ في قرب ذلك أو بعده فيعمل علي قدر ذلك ، فأمَّا أن يُعطيه السلفَ ثم يأخذه منه في المجلس فإنَّ هذا لا

يكون ، لِأنه إذا أخذه منه في المجلس فكأنه سلفٌ لم يتم الحكمُ وَلاَ القضاءُ به .

قال محمد بن رشد : قد مضى تحصيلُ القولِ فيها في رسم طلق ابنُ حبيب من سماع ابنِ القاسم من كتاب العارية فلا معنى لإعادته .

من سماع أصبغ من ابن القاسم

قال أصبغُ : سُئِلَ أشهبُ عن رجل يَسْأَل رجلاً دِينَارَيْنِ فأتاه بدينارٍ فأبى أخذَه إلاّ جميعاً أيُجبرُ على ذلك ؟ فقال : إن كانَ الذي عليه الحق مُوسِراً لم يُجبر الطالبُ على أخذِ الدينار ، وأجبِرَ الغريم على دفع الدينارين جميعاً ، وإن كان مُعْسراً أجبر الطالبُ على أخذ الدينارِ وأُنظر المطلوبُ بما بقي عليه ، وقاله أصبغ .

قال محمد بن رشد : وقع قولُ أشهب هذا في رسم البيوع والعيوب من سماع أصبغ من كتاب المديانِ والتّفليس ، ووصل بذلك وَرَوى أبو زيد عن ابن القاسم في الرجلِ يكون له على الرجل حقٌّ وقد حَلَّ فيأتيه ببعض حقه فيقولُ لا أَقبَلُه منك إلاَّ جملة أَلَهُ ذلك أم يُجبر على قبض ما جاء به ؟ قال : أرى أن يجبر على قبض ما جَاء به وتكلمنا هناك على المسألة بما أغنى عن رده فمن أحب الوقوفَ عليه تأمله في موضعه وبالله التوفيق .

تم كتاب العدة بحمد الله تعالى

كتاب اللقطة

من سماع ابن القاسم من مالك بن أنس

قال سحنون أخبرني ابنُ القاسم في اللُّقطة مثل المِخْلَاةِ والحَبْلِ والدَّلْوِ وأشباه ذلك أنه إن كان في طريقٍ وضعت في قُرْبِ الأماكن إلى ذلك الموضع ، وإن كان في مدينة انتفع به وَعَرَّفَه ، وإن تصدق به أَحَبُّ إلي ، وإن جاء طالبُه كان على حقه .

قال محمد بن رشد : قولُه في اللقطة مثل المخلاة والحبل والدلو وأشباه ذلك من اليسير الذي له قدرٌ وفيه منفعة وَيُعلمُ بمستقر العادة أنّ صاحبه شح به ويطلب أنه يعرفه ، وإن كان في طريق وضعه في أقرب المواضع إليه صحيحٌ لا اختلاف في وجوب تعريف ذلك ، وإنما اختلف في حد تعريفه ، فقيل إنه يجب تعريفُه حولاً كاملاً كالكثير الذي له قدر وبال ، وهو ظاهرُ ما حكي ابنُ القاسم عن مالك في المدونة ، بدليل أنّ النبي عليه السلام أَمَرَ بتعريف اللقطة حولاً ولم يفرق بين قليل ولا كثير ، وقيل إنه ليس عليه أَنْ يبلغَ بتعريفِ اليسيرِ حولاً ، وهو قولُ ابن القاسم من رأيه في المدونة ، وروايةُ عيسى عن ابنِ وهب بعد هذا في رسم النسمة من سماعه في مثلِ الدِّرهمات والدينار أنه يعرف ذلك أياما ، وأما اليسير جداً الذي لا قدر له ولا بالَ ويُعلم بمستقر العادة أن صاحبَه لا يشح به ولا يطلبه فإنه لا يجب على وَاجِدِهِ أن يعرفه ، وله أن يأكله إن كان طعاماً وينتفع به دون تعريف إن كان عرضاً مثل

العصا والسوط وما أشبه ذلك ، وهو نَصُّ قول أشهب في الذي يجد العصا والسوط إنّه يعرفه فإن لم يفعل فأرجو أن يكون خفيفاً .

وقولُه في هذه الرواية في اليسير الذي له قدر وفيه منفعة إنه إن كان في مدينة انتفع به وعرفه ، وإن تصدق به أحبُّ إلَيَّ معناه عرفه وانتفع به يريد بعد التعريف ، فالكلام فيه تقديم وتأخير .

وقوله وإن تصدق به أحبُّ إليَ معناه بعد التعريف .

وقوله وإن جاء طالبه كان على حقه يريد في الصدقة والانتفاع جميعاً إن كان انتفاعه به وقد أنْهَكَهُ أو نقصه فإن وجدها صاحبُها في الصدقة بأيدي المساكين وهي على حالها لم يكن إلاّ أن يأخذها ، وهذا إن كان تصدّق بها عنه ، وأما إن كان تصدق بها عن نفسه فله أن يضمنها قيمتَها إن شاء ويدعها في أيدي المساكين ، وأما إن وجدها بأيدي المساكين وقد نقصت فهو مخير بين أن يضمنه قيمتها يوم تصدق بها أو يأخذَها من أيدي المساكين ولا شيء له في نقصانها ، وهذا إن كان تصدق بها عنه أيضاً ، وأما إن كان تصدق بها عن نفسه فهو مخير بين أن يضمنه قيمتها يوم تصدق بها وبين أن يأخذها من أيدي المساكين ناقصة ويرجع عليه بما نقصها ، واختُلِفَ إنْ أكلها المساكينُ هل له أن يضمنهم إياها أم لا ؟ فقال في المدونة ليس ذلك له ، وقال أشهبُ له أن يضمنهم إن شاء ويدع الملتقط ، وإن شَاءَ أَخَذَ الملتقط بقيمتها يوم تصدق بها ، قال وسواء في هذا تصدق بها عن نفسه أو عن ربها ، وإن وجدها صاحبُها بيد الملتقط وقد أنقصها بالإستعمال أخذها وما نقص منها ، وإن كان قد أنهكها به كان بالخيار بين أن يُضمنه قيمتَها أو يأخذها ناقصة ولا شيء له أو يأخذها وقيمةَ ما نقصها ، وقد قيل إنه ليس له إلا ما نقصها ، وقد مضى ذكرُ هذا الإختلاف في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم من كتاب العارية وفي غيره من المواضع ، وإن وجدها صاحبُها بيد الملتقطِ على حالها فلا كراء عليه

في استعماله إياها لقول النبي عليه السلام فإنْ جاء صاحبُها إلّا فشأنك بها[١] .

واختُلِفَ هل للملتقط أن يَسْتَنْفِقَ اللقطةَ بعد التعريف أم لا على أربعة أقوال أحدها أنه ليس له أن يستنفقها غنياً كان أو فقيراً ، وهو مذهب مالك ، ومعنى قول النبي عليه السلام عنده : فشأنك بها أنه مخيرٌ فيها بين أن يزيد في تعريفها أو يتصدق بها عن صاحبها فإن جاء كان مخيراً بين أن ينزل على أجرها أو يُضمنه إياها ، والثاني أن له أن يستنفقها غنياً كان أو فقيراً على ظاهر قول النبي عليه السلام فشأنك بها ، فإن جاء صاحبُها غرِمها له ، وهو مذهب الشافعي ، والثالث أنه ليس له أن يستنفقها إلّا أنْ يحتاج إليها ، وهو قول ابن وهب في رسم النسمة من سماع عيسى بعد هذا ومذهب أبي حنيفة وسائرِ أصحابه ، والرابع أنه ليس له أن يستنفقها إلّا أن يكونَ له بها وفاء وبالله التوفيق لا شريك له .

ومن كتابٍ أوَّلُه حلف أَنْ لا يبيعَ رجلًا سلعة سماها

وسئل عن الرجل تقوم عليه دابتُه في السفر فيُسْلِمُهَا على وجه اليأس منها فأخذها رجلٌ فتعيش عنده وينفق عليها هل ترى لصاحبها أن يأخذها ؟ قال : نعم أرى ذلك له ، قيل له : أله أجرة في قيامه ؟ قال : لا أرى ذلك ، ولا أرى له إلا نفقتَه .

---

(١) رواه الإمام البخاري في كتاب اللقطة باب إذا لم يوجَد صاحب اللقطة بعد سنة فهي لِمَن وجدها ، عن يزيد بن المنبعث عن زيد بن خالد فقال : جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله في اللُّقطة فقال : اعرف عِفَاصَها ووِكَاءَها ثم عَرِّفْها سنة فإن جاء ربُها وإلا فشَأْنُكَ بها ، قال : فضالَّةُ الْغَنَم ؟ قال هي لَكَ أو لِأَخِيكَ أو لِلذِّئب ، قال : فضالَّةُ الإبل ؟ قال : مَا لَكَ وَلَها ؟ معها سقاؤها وحذاؤها تَرِدُ الماء وتأكلُ الشجر حتى يلقاها ربُها .

قال محمد بن رشد : قولُه في الذي أسلم دابتَه على وجه اليأس منها إنَّ له أن يأخذَها من الذي أخذها فعاشت عنده بعد أن يدفع اليه ما أنفق عليها صحيحٌ إذ لم تخرج عن ملكه بإسلامه لها ، فيكون له أن يأخذها ممن أخذها إلَّا أن يكون أسلمها علي أنها لمن أخذها أو قام عليها ، فيلزمه ذلك ولا يكون له أن يأخذها ممن أخذها وقام عليها ، وقد قيل إنه إذا أسلمها على وجه اليأس منها فهو محمول على أنه إنما أسلمها لتكون لمن أخذها وقام عليها ، إلَّا أن يكون أسلمها في أَمْنٍ وَمَاءٍ وَكَلَاءٍ فيكون أَحَقَّ بها ، حكى ذلك ابنُ شعبان في كتابه عن ابن وهبٍ والشعبي والأوزاعي ، فلا اختلاف إذا أرسلها في أَمْنٍ ومَاءٍ وكلاءٍ أن له الرجوع فيها وإنما اختلاف اذا أرسلها في غير أَمْنٍ ولا ماءٍ ولا كلاءٍ فقيل إن له الرجوع فيها . وقيل إن لا رجوع له فيها ، واختُلِفَ إذا رجع فيها هل يرجع فيها بيمينٍ أو بغير يمين ، والاختلافُ في اليمين في هذا على اختلافهم في لحوق يمين التهمة .

وتحصيلُ القول في هذه المسألة أنَّ إسلامه إياها على وجه اليأس منها لا يخلو من ثلاثة أحوال **أحدها** أن يسلمها على أنَّ له الرجوعَ فيها إن أخذَها أحدٌ وعاشت عنده ، **والثاني** أن يُسلمها على أنها لمن أخذها **والثالث** أن يسلمها ولا نية له .

فأما إذا أسلمها على أنَّ له الرجوع فيها إن أخذها أحد فعاشت عنده ولم يشهد على ذلك فقيل إنه يصدق في ذلك ، وقيل إنه لا يصدق فيه إلا أن يكون إرساله إياها في أمنٍ ومَاءٍ وكلاء ، واختلف إذا صدق في ذلك هل يُصدق بيمين أو بغير يمين حسبما ذكرناه من اختلافهم في لحوق يمين التهمة .

وأما إذا أسلمها على أنها لمن أخذها فلا سبيل له إلى أخذها ممن أخذها وقام عليها .

وأما إذا أسلمها ولا نية له ، فقيل إنه محمولٌ على أنه إنما أسلمها على

أن له الرجوعَ فيها ، وقيل إنه محمول على أنه إنما أسلمها على أنها لمن أخذها وقام عليها إلا أن يكون اسلامُه لها في أمنٍ وكلاءٍ وماء .

وإنما لم ير لمن أُخِذَتْ منه أجرةً في قيامه عليها لأنه إنما قام عليها لنفسه لا لصاحبها ، ولو شُهِدَ أنه إنما يقوم عليها لصاحبها إن شاء أن يأخذها ويؤدي إليه أَجْرَ قيامه عليها لكان ذلك له ، ولو لم يُشْهَدْ على ذلك وادعاه لصدق في ذلك على اختلاف ، قيل بيمين وقيل بغير يمين ، وأما النفقةُ فلا إشكال في أنَّ له أن يرجع بها عليه إذْ قد أَثَّرَتْ في الدابة وأُحْدِثَ فيها نماءٌ فلا يكون له أن يأخذها بنمائها ويخسر هذا نفقته وبالله التوفيق .

ومن كتاب أولُه حلف لَيَرْفَعَنَّ أمراً

وسئل مالكٌ عن رجل دخل حانوتَ بَزَّازٍ ليشتري منه ثوباً ثم خرج منه فاتبعه صاحِبُ الحانوت فقال يا أبا عبد الله : هذا دينارٌ وجدته في حانوتي ولم يدخل على اليومَ أحدٌ غيرُك فَعَدَّ الرجلُ نفقته فافتقد منها ديناراً أترى أن يأخذه ؟ فقال مالك : لا أدري هو أعلم بنفسه ، إن استيقنَ أنه دينارُه فليأخذه ، قيل له : التاجرُ يقول لم يدخل على اليومَ أحد غيرك ، وقد افتقدَ الرجلُ من نفقته ديناراً ، قال : إن استيقن أنه له فليأخذه .

قال محمد بن رشد : في قوله إنه إن استيقنَ أنه له فليأخذه دليلٌ على أنه لا يأخذه إلَّا أن يستيقنَ أنه له زيادة على ما ذُكِرَ له فجعل له به اليقين أنه له ، وهذا على سبيل التورع والنهاية فيه إذ لم يعتره شك في أنه له فأخذه له حلالٌ سائغ ، لأن الغالبَ على ظنه أنه له إذْ قد افتقدَ من نفقته ديناراً ، ولو لم يعلم عدَدَ نفقته لساغ له عندي أن يأخذه ، لقول صاحب الحانوت له إنَّه لم يَدْخُلْ أحدٌ علي اليوم غيرك ، وإن كان التورع عن أخذِه أولى وأحسنَ ،

وكذلك لو قال له صاحبُ الحانوت هذا الدينار وجدتُه في مكانك ولا أدري هل هو لك أو لغيرك ممن دخل الحانوت ، فعد الرجلُ نفقتَه فافتقد منها ديناراً ، وأما لو قال له صاحب الحانوت هذا الدينار وجدتُه في مكانك بعد خروجك عني ولا أدري هل هو لك أو لغيرك ممن دخل الحانوتَ والرجل لا يعلم عدد نفقته لما ساغ له أن يأخذه بشك .

ومن كتاب أولُه حَدِيثُ طَلق بن حبيب

وسئل مالكٌ عن اللقطة يجدها الرجلُ أيأخذها ؟ قال : أمَّا الشيءُ الذي له بال فإني أرى ذلك ، فقال له الرجل : إني رأيتُ شَنَفَ قُرط في المسجد مطروحاً فتركتُه ؟ قال : لو أخذتَه فأعطيتَه بعضَ نساء المسجد يعرفنه كان أحب الي ، قال : فكذلك الرجلُ يجد الشيءَ فإن كان لا يقوى عليه فإنه يجد من يثق به يقبله منه فيعرفه ، وإن كان الشيءُ له بال فأرادَ أن يأخذه قال سحنون قال لي ابنُ القاسم وقال لي مالك غيرَ مرةٍ إذا كان شيئاً يسيراً فليتركه ، قال قلتُ لابن القاسم : أرأيت اذا دفعه الى مثلِه في الأمانة والثقة فضاع منه ثم جاء صاحبُه هل يكون على الذي وجده ضمانٌ ، قال : لا .

قال محمد بن رشد : قال في اللقطة التي لها بال إن من وجدها يأخذها ولم يذكر هل ذلك واجبٌ عليه أو مستحب له ، وفي ذلك تفصيل .

اما اذا كانت بين قوم مَأْمُونينَ وإمامٍ عدلٍ لا يخشى منه إن هو عرفها أن يأخذها فأخذُها وتعريفُها مستحبٌ له ، مخافةَ أن تقع إلى غير مأمون فيذهب بها .

وأمّا إن كانت بين قوم غير مأمونين وإمام عدل فأخذُها وتعريفُها واجبٌ

لأن ذلك حفظُها على ربها، وحفظُ أموالِ الناس واجبٌ وفي تركها إضاعتُها، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال، ولو كانت بين قوم مأمونين وإمام غير عدل فخشى أن هو عرفها أن يأخذها لكان الاختيار له أن لا يأخذها ، ولو كانت بين قوم غيرِ مأمونين والامامُ غيرُ عدل لكان أخذُها مباحاً له إنْ شاء أن يأخذها مخافةَ أن يأخذها غيره فيذهب بها ، وإن شاء أن يتركها مخافة أن يأخذها السلطان إن هو أخذها فعرفعها .

وأما اللقطة اليسيرةُ التي لا قَدْرَ لها إلَّا أنها مما قد يشح بها صاحبُها ويطلبها ، فاختلفَ قولُ مالك هل الأفضل أخذُها أو تركها ، وذلك إذا كانت بين قوم مأمُونينَ فمرة رَأَى أخذَها وتعريفها أفضلَ مخافةَ أن تقع إلى من يذهب بها ، ومرة رأى أنَّ تركها أفضلُ رجاءَ أن يرجع صاحبها فيجدها ، وأما إذا كانت بين قوم غير مأمونين فأخذها وتعريفُها أفضل واحداً والله أعلم .

وقد اختلف في حد تعريفها ، فقيل يعرفها حولاً كاملاً كالتي لها بال ، وهو ظاهر قول مالك في رواية ابن القاسم عنه في المدونة ، وقيل يعرفها أيَّاماً، وهو قول ابنِ القاسم من روايته في المدونة ورواية عيسى عن ابن وهب في رسم النسمة من سماعه من هذا الكتاب ، وأما اللقطة اليسيرةُ جداً التي يُعلم أنَّ صاحبَها لا يشح بها ولا يطلبها فهي لمن وجدها ليس عليه أن يعرفها وإن شاء تصدق بها ، والأصلُ في ذلك ما روى أنَّ رسولَ الله صلى الله عليه وسلم مَرَّ بتمرة في الطريق ، فقال : لولا أن تكون من الصدقة لاكلتها[٢] ، ولم يذكر فيها تعريفاً وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك عن اللقطة يجدها الرجلُ فيعرفها سنةً فلا يجد

(٢) أخرجه البخاري عن أنس في كتاب اللقطة ، باب إذا وجد تمرة في الطريق

صاحبَها فيستنفقها ثم تحضره الوفاةُ فيوصي بها ويترك ديناً عليه ولا وفاء له كيف ترى ؟ قال أرى أن يُحَاصَّ الغرماءُ بها أهل الدَّين بقدر ما يصيبها .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، لأن إقرار المديانِ بالدين عند مالك جائزٌ لمن لا يُتَّهم عليه ، كان اقرارُه في صحته أو في مرضه ، وإنما يفترق عنده الصحةُ من المرض في رهنه وقضائه بعضَ غُرمائه دون بعضٍ وفي إقراره بالدين لمن يُتَّهم عليه فلا يجوز شيء من ذلك عنده في المرض ، واختَلَفَ قولُه في جواز ذلك في الصحةِ فمرة أجاز ذلك كلَّه ومَرَّة لم يجزهُ ، ومرة فرَّق بين الرهن والقضاء والإقرار لمن يتهم عليه ، فأجاز الرهنَ والقضاءَ ولم يُجز الإقرار ، ومرة أجاز القضاء خَاصَّةً ولم يجز الرهن ولا الإقرار .

وأما إن أقرَّ أنه استنفق اللقطة ولا دين عليه ولم يقم بذلك عليه حتى مات ، فإن كان اقرارُه بذلك في صحته جاز ذلك من رأس ماله على ورثته ، وإن كان اقرارُه بذلك في مرضه فإن كان يورث بولد جاز إقراره من رأس المال أوصى أن يُتَصَدَّقَ بها عن صاحبها أو توقف له ، واختلف إن كان يُورث بكلالةٍ ، فقيل إنه إن أوصى أن يُحبس ويوقف حتى يأتي صاحبها جازت من رأس المال ، وإن أوصى أن يُتصدق بها عنه لم يُقبل قولُه ولم تخرج من رأس المال ولا من الثلث ، وقيل إنَّه يكون من الثلث ، وقيل إنه إن كانت يسيرة جازت من رأس المال ، وإن كانت كثيرةً لم تكن في رأس المال ولا في الثلث ، وقد مضى هذا المعنى مجوداً في رسم ليرفعن من سماع ابن القاسم من كتاب المديان والتفليس .

ومن كتاب أولُه تأخيرُ صلاة العشاء في الحرس

وسئل مالك عن الرجلِ يجد الثوبَ مُلْقَى فيأخذه وهو يظنه لِقَوْمٍ

يراهم فيسألهم عن ذلك ، فيقولون ليس هو لنا ، فيريد أنْ يرده حيثُ وجده فيضعه فيه ، قال لا أرى بذلك بأساً ، قيل لابنِ القاسم : فإن كانت دنانيرَ أو دراهم ؟ قال : فلو أخذها فعرفعها كانَ أحبَّ إليَّ .

قال محمد بن رشد : قوله في الذي أخذ الثوب وهو يظنه لقوم فسألهم عنه فقالُوا ليس هو لنا فرده في موضعه : إنه لا بأس بذلك معناه أنه لا ضمان عليه إن فعل ، والاختيار له أن لا يفعل ، كما قال في الدنانير والدراهم ، إذ لا فرق في ذلك بين الثوب والدنانير والدراهم ومعنى ذلك إذا أخذَ الثوبَ على غير وجه الإلتقاط ورده بالقرب أيضاً ، ولو أخذه على وجه الالتقاط لكان ضامناً له وإنْ رده بالقرب في موضعه ، هذا مذهب ابن القاسم ، وقال أشهبُ لا ضمان عليه إن رده في موضعه بقرب ذلك أو بعده ، فإن رده في غير موضعه ضمن ، والقول قوله في رده في موضعه مع يمينه على ذلك ، وقولُ أشهب في مساواته بين أن يرد الثوبَ في موضعه بالقربِ أو بالبعد بعيدٌ ، لا سيما إن كان أخذه على وجه الالتقاط وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوله الشريكين يكون لهما مال

وسئل عن جمل قَامَ ببعض الطريق فأخذه رجلٌ فأنفق عليه وقام عليه ، ثم إن صاحبه رجع إليه فوجده قد صحَّ ، قال مالك : يدفع اليه الذي قبضه ما أنفق عليه ويأخذ جمله .

قال محمد بن رشد : قد مضت هذه المسألة والقول عليها مستوفى في رسم حلف قبل هذا ، فلا معنى لإعادته ، ولو قال صاحب الجمل لرجل : قم عليه وأنفق وَلَـكَ نصفه إنْ حَيِيَ لم يَجُزْ ، لأنه غررٌ في الثمن والمثمون ، فإن جاء ربه وَقَـد أنفق عليه أخذ جمله وكان للمنفق قيمةُ نفقته وخدمته ، وكذلك إن مات الجملُ كان على ربه قيمةُ ما أنفق أيضاً وما خدم وبالله التوفيق .

ومن كتاب أولهُ سَنَّ رسولُ الله صلى الله عليه وسلم

قال مالك لا أُحب لأحدٍ يَجِدُ اللقطة أن يأخذها ألا يكون[٣] لها قدر .

قال محمد بن رشد : قد مضى القولُ في هذه المسألة مستوفى في رسم طلق بن حبيب ، فلا معنى لإعادته .

مسألــة

وسئل عن رجل ماتت راحلتُه بفلات من الأرض فأسلم متاعَه فأخذه رجلٌ فاحتمله إلى منزله ثم وجد متاعه ، قال : أرى أن يأخذ متاعَه ويغرم للذي احتمله أَجْرَ مَا إحتمله .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال ، إن كان أخذه واحتمله الى منزله على وجه الحفظ لصاحبه والنظر له أو هو يرى أنه يستحقه بحمله إلى منزله إذ قد أسلمه صاحبُه ، وأما إن كان أخذه واحتمله على وجه الاغتيال له والسرقة والتعدي وهو يعلم أنَّ مِلْكَ صاحبِه باق عليه إلى أن يرجع عنه فلا كِرَاءَ له في حمله ، والقولُ قولُه مع يمينه أنه لم يأخذه إلَّا على الوجهِ الذي يذكره من ذلك ، والله الموفق .

مسألــة

وقال مالك في قوم خافوا على مركبهم غرقاً فطرحوا من متاعهم ، ثم وجدوها عند قوم أخذوها من ماء البحر ، قال مالك : يأخذون متاعهم منهم ، وهذا بين بأنهم يأخذونه وعليهم أَجْرُ إخراجه

---

(٣) كذ بالأصل ، وفي نسخة ق ٣ : إلا أن يكون لها قدر .

من البحر إن كانوا غاصوا عليه وأجْرُ حمله إن كانوا حملوه إلى مأمن .

قال محمد بن رشد : القولُ في هذه المسألة كالقول في التي قبلها ، ويدخل فيها من الاختلاف ما ذكرنا في رسم حلف مِن سماع ابن القاسم في الذي يقوم عليه دابتُه في السفر فيسلمها على وجه اليأس منها ، فلا معنى لإعادة ذلك ، وبينهما جميعاً ما مضى من التفصيل في رسم حلف أن لا يبيع سلعةً سماها ، لأن المعنى فيها كلها سواءٌ ، وقال سحنون فيمن وقع له ثوب في بئْرٍ أَوْ جُبٍّ فنزل فيه رجلٌ فأخرجه فأتى ربه فطلب منه أجرة فامتنع فرده مُخرجه في البئر أو الجُب فطلبه فيه ربه فلم يجده ، قال : يُخرجه الذي كان رَدَّهُ فيه وإلاَّ ضمنه ، قال محمد : وإذا أخرجه فينبغي أن يكون له أَجْرُهُ إذا كان ربُّه لا يصل إلى ذلك إلا بأجر ، وبالله التوفيق .

من سماع أشهب وابن نافع عن مالك من كتاب الأقضية

قال أشهب : سألت مالكاً عن قول عمر بن الخطاب في الذي وجد البعير ضالاً : أَرْسِلْهُ حيثُ وجدته ، فقال لِي مالكٌ : نعم يُرسله حيث وجد .

قلت له : يشهد عليه أم لا ؟ فقال : ما شأنه يشهد عليه ؟ كأنه لا يرى ذلك عليه ، قال ابنُ نافع وأرى أن يشهد على إرساله أحب الي .

قال محمد بن رشد : ثبت عن النبي عليه السلام أنَّه قال في ضالة الإبل: ما لك وَلَها، معها حِداؤُها وسِقَاؤها تَرِدُ الماءَ وتأكل الشَّجَرَ حَتَّى

يلقاها ربُّها[٤] ، فالاختيارُ فيها أَنْ لاَ تُؤخَذ فإن أخذت عُرِّفت ، فإن لم تُعْرَفْ ردت حيث وجدت ، جاء ذلك عن عمر بن الخطاب ، وأخذ به مالكٌ في أحدِ قوليه وهو قوله ها هنا وفي المدونة ، وقيل إنها تُؤخذ وتعرَّف ، فإن لم تُعْرَف بيعت ووقف ثمنُها لصاحبها ، فإن لم يأت وايس منه تصدق به عنه ، جاء ذلك عن عثمان بن عفان روى ذلك عن مالك أيضاً قال : من وجد بعيراً ضالاً فليأت به الإمامَ يبيعه ويجعل ثمنه في بيت المال ، يريد بعد أنْ يُعَرَّف ، وقال في مدونة أشهب : يوقف ثمنُه حتى يأتي ربه ، وإن كان الامامُ غيرَ عدل خُلِّيَ حيثُ وُجِدَ .

وإنما اختلف الحكمُ في ذلك من عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان لاختلاف الأزمان بفساد الناس ، وكان الحكم فيها في زمن النبي عليه السلام وخلافة عمر بن الخطاب إن لا تؤخذ ، فإن أخذت عُرِّفَتْ فإن لم تعرف حيث وجدت[٥] .

ثم كان الحكم فيها في زمن عثمان لما ظهر من فساد الناس أَنْ تؤخذ وتعرف فإن لم تُعْرَفْ بيعت ووقفت أثمانها ، وكذلك ينبغي أن يكون الحكمُ فيها اليومَ إن كان الامامُ عدلاً وإن كان غيرَ عدل يخشى عليها إن أخِذَت لَتُعَرَّفَ تُركت ولم تؤخذ ، فإن كان إنما يُخشى على ثمنها إن بيعت أُخذت فعرفت وإن لم تُعْرَفْ رُدت حيث وجدت .

واختلف إن كانت الابلُ الضوال بعيدةً من العُمران في موضع يُخاف عليها السباع ، فقيل إنها في حكم الشاة ، لأن النبيَ عليه السلام قد ذكر العلةَ التي من أجلها فرق بين ضالة الغنم وضالة الابل بقوله في الشاة : هيِ لَكَ أو لأخيك أو للذيب[٦] ، وقيل إنها تؤخذ وتعرف بخلاف الشاة إذ لا مشقة في

(٤) تقدم في رقم ١ .

(٥) كذا بالأصل ولعل صوابه تركت حيث وجدت .

(٦) الحديث تقدم في رقم ١ .

حلبها ، وكذلك البقرُ إن كانت بموضع يخاف عليها السباع يدخل فيها من الخلاف ما دخل في الإبل إن كان المشقةُ في حلبها ، والمنصوصُ فيها في المدونة أنها بمنزلة الغنم .

وقولُه في الرواية ليس عليه أن يشهد على إرسالها ، معناه في غير المتهم ، بدليل قوله بعد هذا في هذا الرسم إنَّ المتهم يُشهد ، وقولُ ابن نافع وأرى أن يشهد على إرسالها أَحَبُّ إلى ظاهره وإن لم يُتَّهم ليدفع عن نفسه الظنة ، وأما المتهم فإن لم يشهد لحقته اليمين .

مسألــة

وسألتُه عن تعريف اللقطة في المساجد ؟ قال : لا أُحب رفعَ الصوت في المساجد ، وقد بلغني أنَّ عمرَ بن الخطاب أمر أن تُعَرَّفَ اللقطة على أبوابِ المساجد ، فأحبُّ إلي أن لا تعرف في المساجد ولو مشى هذا إلى الخَلْق في المساجد يُخْبِرُهم بالذي وَجَدَ ولا يرفع صوتَه لم أرَ بذلك بأساً إن شاء اللّه .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله ، لأن رفعَ الصوتِ في المسجد مكروهٌ حتى في العِلْم ، وقد بنى عمرُ بن الخَطَّاب رحبة بناحية المسجد تسمى البطيحا فقال من أراد أن يَلْغَطَ أو ينشد شعراً ويرفع صوتَه فليخرج إلى هذه الرحبة ، وفي فعله الأُسْوةُ الحسنة وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن ضالة الإبل تُعَرّفُ فلا تُعْرَفُ أترى أن يُخليها ؟ **قال** : نعم أرى أن يخليها حيث وجدها ، **قيل** : أفترى أن يشهد على تخليتها ؟ **قال** : أما المتهم فهو خَيرٌ إن شاء الله أن يشهد ، وأما الرجلُ المأمون فلا أرى ذلك عليه ، **قيل له** أفترى الأُبَّاقَ كذلك إذا

عَرَّفَه قال : نعم أرى إذا عَرَّفَه فلم يجد من يَعْرِفُه أن يُخَلِّيَه خيراً له من أن يبيعه فيهلك ثَمَنُه ويوكل ، أو يُطرح في السجن فيقيم ولا يجد من يطعمه .

قال محمد بن رشد : قد تقدم فوقَ هذا في هذا الرسم بعينه القولُ في حكم ضَوَالِّ الإبل للتعريف وإرسالها حيث وُجِدَت إذا لم تعرف والإشهاد على ذلك ، فلا معنى لإعادة القولِ في ذلك .

وأما الأُبَّاقَ فساوى في هذه الرواية بينهم وبيّن ضوال الإبل في أنهم يرسلون إذا عُرِّفُوا فلم يُعْرَفوا ، وقال في المدونة : إنهم يحبسون سنة ثم يباعون فتحبس أثمانهم لأربابهم ولا يرسلون ، لأنهم إن أرسلوا أبقوا ثانية ، بخلاف ضوال الإبل ، فالظاهر أن ذلك اختلافٌ من القول ، وعلى ذلك كان يحمله الشيوخُ ، والأولى أن يحمل على الخلاف فيكون الوجهُ في ذلك أنه إن خشي عليه أن يضيع في السجن بغير نفقة وأن يتلف ثمنه إنْ بِيعَ كان إرساله أولى من حبسه على ما قال في هذه الرواية ، وإن لم يخش عليه أن يضيع في السجن ولا أن يتلف ثمنُه إن بِيع كان حبسه سنة ثم يبعه بعد السنة وإمساكه لصاحبه أولى من إرساله لئلا يَأبق ثانية إن أرسل ، بخلاف ضوال الإبل على ما قاله في المدونة .

وموضعُ الخلاف في ذلك عند من حمله على الخلاف إنما هو إذا خشي عليه أن يضيع في السجن وأن يتلف ثمنه إذا بيع ، فمرة رأى إرساله أولى لئلا يضيع ويتلف ثمنه ، ومرة رأى حبسه وبيعه وإمساك ثمنه أولى من إرساله لئلا يأبق ثانية إن أرسل ، والاختلافُ في هذا إنما هو بحسب الاجتهاد في أي الخوفين أشد ، وأما إن لم يخش عليه أن يضيع في السجن ولا أن يتلف ثمنه إذا بيع فلا يرسل لئلا يأبق ثانية قولاً واحداً والله أعلم ، ولو لم يخش عليه أن يضيع في السجن وخشي على ثمنه أن يضيع إن بيع لوجب أن يسجن سنة يُعَرَّف فيها ، فإن لم يأت له طالبٌ سُرِّحَ ولم يحبس أكثر من السنة التي هي حد

تعريف اللقطة ، ولو لم يخش على ثمنه ضياع إن بيع وخشي عليه إن سجن أن يضيع في السجن لوجب أن يُبَاعَ ويوقفَ ثمنُه رجاءَ أن يأتي صاحبُه ولا يسجن مخافةَ أن يضيع في السجن وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن قول عمر بن الخطاب : من أخذَ ضَالّةً فهو ضَالٌّ ما يريد بقوله ؟ قال : يريد هو مخطىء فلا يأخذها ، يَرَى أَنْ يتركَها ، وإنما يعني بذلك الإبلَ ، وليس يقول أحدٌ ضَلَّ غلامي ، وإنما يقال الضَّالة الإبلُ ، وقد قال ابن شهاب : كانت ضَوَالُّ الإبل في زمن عمرِ إبِلاً مُؤَبَّلَةً .

قال محمد بن رشد : إنما رأى عمرُ رضي الله عنه أن لا تُؤخَذَ الضالة وقال من أخذها فهو ضال أي مُخْطِىءٌ لنهي الرسول عليه السلام عن أخذها بقوله : مالك ولها ؟ معها حذاؤها وسقاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربُّها ، فقيل إنّ ذلك عام في جميع الأزمان ، وقيل بل هو خاص في زمن العدل وصلاح الناس ، وقد مضى القولُ على هذا في أول الرَّسْمِ وبالله التوفيق .

ومن كتاب الأقضيةِ الثالث

وسألته عمن أَخذ ضالة فباعها وتصدق بثمنها وجاء صاحبُها أيغرمه ؟ فقال : لم أَقل في هذا شيئاً ، ولو جُوِّزَ هذا للناس لَعَمَدَ الفاجرُ فباعها وأكل ثمنَها ثم قال تصدقتُ بها .

قال محمد بن رشد : أَمَّا الفاجرُ فلا يصدق أنه تصدق بها ، ويلزمه غرمها ، وإنما اختلف في غير الفاجر ، فقيل إنّ عليه الغرمَ لصاحبها إذا جاء

إلاّ أن يشاء أَنْ ينزل على أجرها كلُقطة الدنانير والعروض ، وهو دليل قوله في هذه الرواية : ولو جوز هذا للناس لعمد الفاجر فباعها وأكل ثمنها ثم قال تصدقتُ بها ، ومثله حكى ابنُ حبيب في الواضحة عن مالك من رواية مطرف عنه أنه إذا وجد الشاة في العمران فعرَّفها فلم يجد صاحبَها فأكلها أو تصدق بها أنه يغرم لصاحبها قيمتَها يوم أكلها أو تصدق بها إلاّ أن يشاء أَنْ يجيز الصدقة ويكون له أجرها ، وهو قول سحنون في نوازله من هذا الكتاب ، وقيل إنه لا ضمان عليه في المواشي إنْ تصدق بها أو بأثمانها بعد بلوغ ما عليه من التعريف بها ، بخلاف لقطة الدنانير والدراهم والعروض إذْ لا يقدر على حبسها لِعَلَفِها ، وهو قول مالك في الرسم الذي بعد هذا ، ومثلُه في كتاب ابنِ عبد الحكم عنه ، واختلف قولُ مالك أيضاً هل له أن يأكلها بعد التعريف ؟ فقال مَرّة له أن يأكلها ويضمنها لصاحبها إن جاء ، وهو قوله في رواية ابن عبد الحكم عنه ، وفي رواية مطرف أيضاً على ما حكي عنه ابنُ حبيب بخلاف لقطة الدنانير والدراهم ، وقال مرة ليس له أن يأكل لقطة الدنانير والدراهم لأن معنى قول النبي عليه السلام عنده : فشأنك بها أنه مخيرٌ بين أن يمسكها لصاحبها ويزيد في تعريفها ، وبين أن يتصدق بها ويضمنها لصاحبها إن جاء إلاّ أن يشاء أن يجيز الصدقة ويكون له الأجر ، ومن أهل العلم من يجيز له أَنْ يأكلها على وجه السلف على ظاهر الحديث ، غنياً كان أو فقيراً ، وهو مذهب الشافعي ومنهم من لا يجيز له أكلَها إذا كان محتاجاً إليها ، وهو قولُ أبي حنيفة وأصحابه وقولُ ابنِ وهب في رسم السنة بعد هذا من سماع عيسى من هذا الكتاب ، ومنهم من لا يجيز ذلك له إلاّ أن يكون له بها وفاء إن جاء صاحبُها وهو ظاهرُ الأقوال وأولاها بالصواب .

فيتحصل في المسألة على هذا أربعة أقوال أحدها أَنّ له استنفاقها بكل حال والثاني أنه ليس له استنفاقها على حال ، والثالث أنه ليس له استنناقها إلا أن يكون محتاجاً إليها ، والرابع أنه ليس له استنفاقه إلا أَنْ يكون له وفاءٌ بها ، والأظهرُ أَنْ لا فرق بين لقطة الماشية إذا وجدها قريبةً من العُمران حيث يجب

تعريفها ، وبين لقطة الدنانير والدراهم في جواز أكلِها على وجه السلف ولا في وجوب الغُرم عليه فيها لصاحبها إن تصدق بها وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن الرجل يجد الدرهـم مطروحاً أيأخذه أو يتركه ويمضي لوجهه ؟ فقال : لو أعلم أنه يجد صاحبَه لكان أَحبَّ إليَ أن يأخذه ، ولكن أخاف أن يلزمك فأَحبُّ إليَ أن تدعه فلا تأخذه ، ولو وجدت من يأمره به رأيت ذلك .

قلت له : أفرأيت إن وجد دَنَانِيرَ لها بالٌ أيأخذها فيعرفها أحبُّ إليك أم يَدَعُها فلا يأخذها ؟ فقال : إذا كانت دنانيرَ أو شيئاً له بالٌ فأحبُّ إلي أن لا يدعها وأن يأخذها فيعرفها ، وليس هذا مثلَ الدرهم والشيء الذي لا بال له خفيف المئونة على صاحبه لا تَنَالُه كبيرُ مُؤْنَةٍ وأما إذا كان الشيء الذي له بالٌ فأحب إلي أن يأخذه فيعرفه .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلام عليها مستوفى في رسم طلق بنُ حبيب من سماع ابنِ القاسم فلا وجه لإعادته .

ومن كتاب الأَقضية الثاني

وسَئل عن الرجل يجد الضالة فَتُنْتجُ عندَه أيجوز له أن يأكل من نِتاجها شيئاً أو يأكل من ألبانها ؟ فقال : أَما نتاجها فلا يأكل منه شيئاً ، فقال ألبانُها فعسى أَنْ يأكل منها ، فقيل له كيف يصنع بها ؟ فقال : إذا بلغ الذي عليه فيها فليتصدق بها ، قيل له فلا يحبس لنفسه منها شيئاً ؟ فقال : نعم لا يحبس لنفسه منها شيئاً ولكن يتصدق بها ، فقيل له : فإن جاء صاحبها لم يغرم من ثمنها شيئاً ؟

فقال : لا ، لِأنّ المواشي في مثل هذا ليست كالدنانير والدراهم ، المواشي تؤكل فلا يقدر على حبسها لعلفها ، فإذا تصدق بثمنها ثم جاء طالبُها لم أَرَ عليه شيئاً ، قال : وكان عمر بن الخطاب يقول لمن أخذها خلها حيثُ وجدتها ، وأولُ من أمر ببيعها عثمانُ بن عفان ، قال تباع وقد عَرَفَ صفتَها ثم توقف أثمانُها ، فإن جاء طالبها أعطى ثمنها ، فقال الذين يعذرون عثمانَ فيما أمر به من بيعها : إنه أمر ببيعها لِأن الناسَ سرقوها وذهبوا بها فلذلك أمر عثمان ببيعها ، قيل له : أفرأيت إن لم يأت من يعرفها ؟ فقال : يتصدق بها .

قال محمد بن رشد : حكم نِتاج الضالة حكم ألبانها لقول النبي عليه السلام : كل ذات رحم فولدها بمنزلتها ، فلذلك قال : إنه ليس له أن يأكل من نتاجها على وجه الاقتطاع ، وأما أكله منها على وجه السلف بعد بلوغ ما عليه من التعريف بها فعلى ما ذكرناه في الرسم الذي قبل هذا من الاختلاف في أُمّهَاتِها ، إذ لا فرق بينها وبين نتاجها .

وأما ألبانها فخفف أن يأكل منها يريد بقدر قيامه عليها والله أعلم لأنه ينزل في ذلك منزلة الوصي في مال يتيمه ، وقد قال ابنُ عباس في ذلك : إن كنتَ تبغي ضالةَ إبلِهِ وتتاجر بها[٧] وتلط خوضها وَتَسْقِيهَا يوم وردها فاشرب غير مُضِرٍ بِنَسْلٍ ولا نَاهِكٍ في الحلب . وأما الزائد على ذلك فإن كان له قدرٌ يشح به صاحبُه فحكمُه حكمُ اللقطة نفسها ، وإن كان يسيراً لا قدر له ولا يُعلم أَنّ صاحبها لا يشح به فله أن يأكله ، وقد مضى ذلك والقولُ فيه في رسم طلق من سماع ابن القاسم .

وقولُه إنه لا شيء عليه في الضاله لصاحبها إن تصدق بها خلافُ قوله في الرسم الذي قبلَ هذا ، وقد مضى الكلامُ على ذلك مستوفى فلا وجه لإعادته ،

---

(٧) في نسخة ق ٣ وتهاجر ماها .

ومضى في الرسم الأولِ من هذا السماع القولُ في جواز أخذ ضالة الإبل للتعريف وفي وجوب ردها حيثُ وجدت بعدَ التعريف فلا معنى لإعادته .

مسألـــة

وسئل عمن يجد العصا والسوط أيعرف ؟ فقال ماله يأخذه ؟ لا يأخذه ، قيل : فقد أخذه ، قال : يُعَرِّفُ فإن لم يعرف فأرجو أن يكون خفيفاً .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه المسألة فأرجو أنْ يكون خفيفاً معـناه عندي فأرجو أنْ يكون خفيفاً أنْ ينتفع به على وجه التملك له ما لم يجد صاحبه ، وإن أبى الانتفاع عليه ، وهذا في التافه الذي لا قيمة له ، لِأن تعريفه غيرُ واجب ، فقوله يعرفه يريد على وجه الاستحباب والله أعلم ،ولو كان له قَدْرٌ يجب تعريفُه لَمَا صَحَّ له تمليكُه بعد التعريف ، وقد مضى بيان هذا في رسم طلق من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسئل عمن وجد حديدة ، فقال : يعرفها ، فإن لم يعرف فليتصدق بها ، فإن جاء طالبُها فليعطه قيمتها ، قيل له أفيتصدق بالحديدة بعينها أم يبيعها فيتصدق بثمنها ؟ فقال : إنْ شاء تصدق بها كما هي يجمع مساكين يُطعمهم إياها يقول هذه بينكم ، قيل : أرأيت إن كانت من الحديد الذي يحتاج إليه بعضُ السُّفهاءِ مثلُ الخنجر ؟ فقال ملك : والعصا أيضاً يقاتل به ، أرأيت لو ورث ذلك أَبِبَيْعِهِ بأس ؟ قال : ليس به بأس وما أرى عليه أن يكسرها ثم يبيعها ، وإنما يكره هذا في المَوضع الذي يتحدث فيه أن يباع للعدو ، وقال إنه إنما خرج حين عمدت إليه فأقمته قيمة ثم كسرته

فذهبت به أفيجزي عني أن أتصدق بثمنه ؟ قال : نعم ذلك يجزيك منه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال : لِأَنَّ حكمَ لقطة العروض كحكم لقطة الدنانير والدراهم التي قال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم أعرف عِفَاهَهَا وَوِكَاءَهَا وَعَرِّفْهَا سنةً فإن جاء صاحبُها وإلّا فشأنك بها ، فإذا وجد حديدةً وجب عليه أن يعرفها فإن لم يعرف فإن شاء حبسها وإن شاء تصدق بها ويكون صاحبها على حقه فيها إن شاء ضمنه ، وهو مخير إن شاء تصدق بها بعينها على مسكين واحدٍ أَوْ على مساكين تكون بينهم كما قال : وإن شاء باعها فتصدق بثمنها لزمه الأكثرُ من قيمتها يومَ تصدق بها أو من الثمن الذي باعها به ، وليس عليه أن يكسرها إن كانت من الخناجر التي يتخذها السفهاء أو من السلاح التي يقاتل بها ، ويبيعُها كما هي إلّا أن يخشى أَنْ يصل إلى العدو أو إلى من يناوِىءُ المسلمين من أهلِ الإسلام في الفتن التي تكون بينهم ، فيكره له أن يبيعها حتى يكسرها .

واختلف إن باعها قبل أن يكسرها من العدو أَوْ ممن يقاتل بها المسلمين من أهل الإسلام أو ممن يعلم أنه يحملها إليهم ويبيعها منهم فيما يجب عليه في الثمن الذي أخذه فيها إن لم يقدر على استرجاعها على ثلاثة أقوال قد ذكرناها في رسم البيوع الأول من سماع أشهب من كتاب التجارة إلى أرضِ الحرب فهو موضعها الأَلْيَقُ بها وبالله التوفيق .

من سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم

قال ابن القاسم : الشأنُ والسنةُ في الآبِقِ أن يُحبس سنةً إلّا أن يُخاف عليه الضيعة فيباع .

قلت : أرأيت إذا انقطعت السنة ولم يخف عليه ضيعة أيباع
قال : نعم ولا يحبس بعد السنة .

قال محمد بن رشد : قولُه إنّ الآبق يُحبس سنة هو مثلُ ما في المدونة ، وقوله إنه إن خشيت عليه الضيعةُ بيع قبل السنة هو مفسر لما في المدونة ، وقد مضى في أول رسم من سماع أشهب أنه إن خشيت عليه الضيعة خلي سبيله ولم يُبَعْ ، وقد مضى القول على ذلك هنالك فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق .

مسألــة

وسألته عن الرجل في آبِقٍ[8] له خمسة دراهم لمن جاء به فيذهب رجل فيأتي من إفريقية حتى إذا كان بطربوط أُفْلِتَ له فأخذه آخرُ فأتى به ، قال ابنُ القاسم : قال لي مالك : إذا أفلت بعيداً من مكان سيده فالجعلُ كله للآخر الذي جاء به ، وليس للذي جاء به من إفريقية شيء ، وإذا أفلت منه قريباً من مكان سيده فأخذه آخرُ فأتى به فالجعل بينهما على قدر شُخُوصِ كلِّ واحد منهما قَدْرَ ما يُرَى .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله لأن المجعول له الثاني هو المنتفع بعمل الأول إذا أفلت قريباً من مكان سيده بخلاف المجاعلة على حفر الآبار وقد مضى الكلام على ذلك مستوفاً في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب الجعل والإجارة والله الموفق .

مسألــة

قلت : أرأيت من اشترى داراً واشترط على بائعها إنِّي اشتري

(٨) كذا بالأصل ، وفي نسخة ق ٣ : عن الرجل يجعل في آبق خمسة . . . .

منك ما كان لك في هذه الدار من مجهولٍ أو معلومٍ قليلٍ أو كثيرٍ فيجد المشتري في الدار صخراً أو عُمُداً أو وَرِقاً أو ذهبا أو آنية مُغَيَّبَةً تحت الأرض والذهب والجوهر والآنية لا يعرفها البائعُ ولا المشتري ؟ فقال : ما أرى للمبتاع فيها حقاً ، وأما الفضة والذهبُ والجوهر والآنية فإن كانت في بلد فُتِحَتْ عُنْوَةً فأراها للمسلمين ، وإن كانت بصلح فأراها لذمة أهل تلك القرية الذين صالحوا عليها إذا كان ذلك من دفن الجاهلية ، وإن كان ذلك مما يعرف أنه من دفن الإسلام فإنها مثل الفضة يجدها الرجلُ فإنه يعرفها السنة ونحوَها ، فإن جاء طالبٌ دفعها إليه وإلا لم أُحِب له أكلَها أما أن يتصدَّقَ بها ويخير صاحبَها إذا جاء في أخذها ويغرمها له أو أن يَحْبِسُها لصاحبها مَا طمعَ به ، قال ابنُ القاسم : وإنما قلتُ لك هو لذمة تلك القرية لِأن مالكاً سئل عن الكنز يوجد ، فقال : أمّا ما كان ببلد صالحٍ غير أهله من بلدان أهل الذمة فهو لهم ، وما كان من ذلك عُنْوَةً فهو للمسلمين ، وأما الكنزُ الذي يُخْرَج مها الخُمسُ فتكون لمن وجدها فهي التي تكون في أرض العرب وكل أرضٍ لم يدخلها المسلمون بصلح ولا عنوة .

قال : وقد سئل مالكٌ عن الرجل يجد القبر في أرْضِ العدو فيه فضة وذهب وجوهر وغير ذلك فقال : هو لجميع أهل ذلك الجيشِ لِأنه إنما وصل إليه بالجيش .

وأما ما ذكرتَ من العُمُد والخشب والصخر فإن كان أمراً يعرف أنه من دفن الجاهلية فهو عندي بمنزلة ما يوجد من رِكَازِهِمْ فإن كانوا أهلَ صلح كان ذلك لأهل ذلك البلد من أهل الذمة ، وإن كانوا عُنوة رأيتُه لجماعة المسلمين ورأيتُ لمن وجده أن يبيعه ويتصدق بثمنه ،

فإن كان أمراً يعرف أنه من متاع الإسلام لم أره للمبتاع .

وقلتُ للبائع فإن عرفتَ أنه لك أو قامت لك عليه بينة فهو لك ، وإن لم تَدّعِهِ رأيتُ لمن وجده أن يُعَرّفَه كما يُعرف اللقطة ، وما يوجد من دفن الإسلام وإن لم يُوجد له أَحَدٌ باعها عنه وتصدق بثمنه . قال ابن القاسم : إذا لم يُوجد من أهل تلك القرية التي صالحوا عليها أحدٌ وكانوا قد بادوا تصدق بما وجد من ذلك كله كما يتصدق بما وجد في القرية التي أُخِذَتْ عُنْوَةً .

قال محمد بن رشد : سأله في هذه الرواية عما وجد المشتري في الأرضِ التي اشتراها واشترط مجهولها ومعلومَها مما جهلاه من الصخر والحجارة والعُمُد والرخام والأبنة والذهب والفضة فقال : إنّ ذلك لا يكون للمبتاع ، ويكون حكمُه حكمَ الركازِ إن علم أنه من دفن الجاهلية على التفصيل الذي ذكرناه على أصل مذهبه في أن الركاز تبع للأرض الذي وجد فيها ، إن كانت مفتحة بصلح وغيره وأنه لا يكون لواجده بعد إخراج الخُمُسِ منه إلاّ أن يكون موجوداً في أرضٍ حرة لم تُفْتَحْ بصلح ولا عنوة وحكم اللقطة إن علم أنه من دفن الإسلام ، ومعنى ذلك إذا لم يدعه البائعُ أو ادعاه فلم يشبه قولُه وتبين كذبُه .

وأما إذا ادعاه فأشبه قولُه فإنه يكون له مع إذا لم يكن له عليه بينة على قياس قوله .

وفي تكلُّم ابنِ القاسم على حكم ما وجد المبتاع في الأرض التي ابتاع على الشرط الذي ذكره وسكوته عن البيع دليلٌ على جوازه عنده وأَنّ الشرط لا يُفسد ، وقد اختلف في ذلك ، فروى زيادٌ قال : سألتُ مالكاً عن رجل ابتاع منزلاً أو حظاً من منزل فكتب المشتري مجهولاً أو معلوماً أو كتب يعلم أو لا يعلم قال : لا ينقض هذا البيعَ ونحوَه مما يتوثق به المشتري بعد أن ينص ما

اشترى نصفاً أو رُبعاً أو جزءاً من الأجزاء ، وفي تفسير ابن مزين أن البيع فاسدٌ في الأرض إذا اشتراها واشترط معروفها ومجهولها ، بخلاف إذا اشترى العبدَ واشترى مجهولَ مالِه ومعلـومَه ، وقال إن الفرق بينهما أن مال العبد إنما يستثنيه المشتري ويشترطه للعبد لا لنفسه ، أَلاَ تَرى أنه يطأ مِلْكَ يمينه ويكون له حتى ينتزعه منه سيده ، وَأن مجهول الأرض إذا اشترطه المشتري قد اشترى ما لا يعرف ، ومحمدُ بن دينار يقول للمبتاع ما يوجد في الأرض الذي ابتاع مما جهلاه ، وهو قول سحنون في نوازله من كتاب جامع البيوع ، وهو قولُ ابن حبيب في الواضحة ، قال في الورثة يقتسمون الأرضَ فيجد أحدُهم في حظه بـئراً و بيتاً أو صخراً أو عمداً أو الرجل يشتري الأرضَ فيجد فيه شيئاً من ذلك إن ذلك لمن وقع في قسمه من الورثة وللمشتري في الشراء ، ولا حَق فيه للبائع ، وهذا الاختلاف إنما هو في المجهول الذي لا يُعْلَمُ صاحِبُه ، وأما إن ثبت أَن ما وُجِدَ مغيباً في الأرض من متاع البائع أو متاع من ورثه عنه فلا اختلاف في أنه له ، وكذلك ما علم أنه من دفن الجاهلية يكون حكمُه حكمَ الركاز الموجود في تلك الأرض بلا اختلاف فيكون تبعاً للأرض على مذهب ابنِ القاسم وروايته عن مالك إن كانت مفتحة بعنوة أو بصلح ولِوَاجِده إن كانت حرة من أرض العرب ، ويكون لواجده على مذهب ابن نافع كانت الأَرْضُ حرة أو عنوة أو صلحية مُتَمَلّكة أو غير متملكة وبالله التوفيق .

ومن كتاب النسمة

قال ابنُ القاسم وابنُ وهب في الحاج يجدُ اللقطةَ نحواً من عشرين ديناراً أو أكثر فيعرفها سنةً فلم يجد لها طالباً هل يأكلها ، وفي العشرة دراهم أو النصف دينار يجده الرجلُ كم ترى له أن يحبسه ويعرفه ؟ قال ابن وهب : قد بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه

وسلم قال في اللقطة : إنه يعرفها سنةً فإن جاء لها طالبٌ دفعها إليه ، فإن لم يأت لها طالبٌ دفعها إليه ، فإن لم يأت لها طالبٌ بعد اليوم أداها إليه إن كانت عنده ، وإن لم يكن عنده شيء كانت عليه دَيْناً حتى يجد قضاءَها ويكون صاحبها أُسْوَةَ الغرماء ، وإن مات كان في سعة إن شاء الله إن لم يوجد له مالٌ لأن النبي عليه السلام قد أذِنَ له في أكلها ، وأما الشيء اليسيرُ مثلُ الدريهمات والدينار فإني أرى أن يعرف أَيَاماً فإن لم يجد له صاحباً وكان محتاجاً أنفق ذلك على نفسه ، وإن كان غنياً عنه تصدق به عن صاحبه ، قال ابنُ القاسم : ما يَنْبَغي أن ينفق على نفسه منه شيئاً قليلاً ولا كثيراً .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى تحصيلُ القول فيها في أول رسم من سماع ابن القاسم وفي رسم الأقضيةِ الثالثِ من سماع أشهب فلا وجه لإعادته .

مسألـــة

وسئل ابن القاسم عما يقذف البحرُ من الخشب والحوت والقِصاع ونحو هذا يجده الرجلُ على سَاحِلِ البحر هل هو له خاص ؟ قال : هو لمن وجده إلاّ أنْ يُعرف صاحبُه فَيُؤَدِّيهِ إليه .

قال محمد بن رشد : معنى هذا عندي في الشيء اليسير الذي يعلم أن صاحبه لا يشح به ولا يطلبه ، وأما الشيءُ الذي له قدرٌ وبالٌ فحكمه حكمُ اللقطة على ما يأتي في الرسم الذي بعد هذا ، وقد كان الشيوخُ يحملون المسألتين على أنهما متعارضتان وليس ذلك بصحيح ، وقد مضى في أول سماع ابنِ القاسم من قولنا ما بَيَّنَ هذا الذي ذهبنا إليه في هذه المسألة .

ومن كتاب العتق

وسئل ابنُ القاسم عن ما لفظَ البحرُ من المتاع فيجده الرجلُ مما حمله التجار ولا يعرفه ، فقال : إن كان من متاع المسلمين عَرَّفَهُ ، وإن كان من متاع أهلِ الشرك نَظَرَ السلطانُ فيه فوضعه على ما يرى ، ولم يكن لمن أخذه ، وإن شَكَّ فيه رَأيت أن يعرفه ثم يتصدق به .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة بينة صحيحة لا اختلاف فيما لفظه البحرُ من أموالِ التجار المعطوبين فيه أَنَّ حكمَه حكمُ اللقطة ، بخلاف مسألة رسم سن من سماع ابن القاسم فيما أَلْقَوْهُ بأيديهم من متاعهم لِتِجَارَةِ أنفسهم ، هذا قد قيل فيه إنه لمن وجده ، إذْ قد ألقوه بأيديهم على وجه اليأس منه ، بمنزلة الذي تقوم عليه دابتُه في السفر فيسلمها على وجه اليأس منها على الإختلافِ في ذلك ، وقد ذكرناه في مسألة حلف أن لا يبيع سلعة سماها من سماع ابنِ القاسم وبالله التوفيق .

من سماع يحيى بن يحيى
من ابن القاسم من كتاب الكبش

قال يحيى وسألته هل ينبغي للذي يَجِدُ اللقطةَ أن يأتي بها إلى الأمام بعد تعريفِ سنةٍ لِيَكُون هو الذي يأمر ببيعها وتفرقةِ ثمنِها صَدَقَةً على المساكين ، فقال : وما للإمام ولها ؟ ليس هو مما يلزم الناسَ أن يرفعوه إلى الإمام لأنَّ المتصدق بها إن جاء صاحبُها فأراد أخذَ قيمتها أغرمها الذي كان وجدها وتصدق بها، قال: فإن تعدى الإمامُ

فأخذها فباعها وتصدق بثمنها رأيت عليه غرمَها إذا جاء صاحبُها إن أحب أن يغرمه .

قال محمد بن رشد : هذا بين على ما قاله : إن الخطاب يوجه في اللقطة من النبي عليه السلام إلى وَاجِدِهَا بقوله له : أعرف عفاصها ووكاءها فإن جَاءَ صاحبُها وإلاّ فشأنك بها ، فإن أخذَها منه وتصدق بها كان متعدياً فيها وضامنها لَهُ إلاّ أن يعطيه إياها واجدُها باختياره ليتصدق بها على سبيل الوكالة له فلا ينتقل عنه الضمانُ إن جاء صاحبُها وبالله التوفيق .

من سماع موسى بنِ معاوية من ابن القاسم

وسئل مالكٌ عن اللقطة تُوجَدُ في قريةٍ ليس فيها إلاَّ أهلُ الذمة فقال : تدفع إلى أَحْبَارِهِمْ .

قال محمد بن رشد : هذا قولٌ فيه نظر ، إذْ فِي الإمكان أن تكون لمسلم وإن كانت وجدت بين أهل الذمة ، فكانَ الاحتياطُ أن لا تدفع إلى أحبارهم إلاّ بعدَ التعريفِ لها استحساناً لقلة الظن أنَّهَا لهم على غير قياس ، فإن دُفعت إليهم بعد التعريف لها ثم جاء صاحبُها غرموها له ، وإنما كان يلزم أن تدفع ابتداء إلى أحبارهم لو تحقق أنها لأهل الذمة بيقين لا شك فيه مع من يقولوا إنَّ من ديننا أن يكون حكمُ اللقطة لأهل ملتنا مصروفاً إلينا ، وأما إذا لم يُتحقق ذلك فكان القياس أن لا تدفع إلى أحبارهم وتكون موقوفة أبداً وبالله التوفيق .

من نوازل سحنون

وسئل عن الرجل يجد الشاةَ قد اختلطت بغنمه فلا يجد لها

صاحباً ، قال : يكون سبيلُها سبيلَ اللقطة يتصدق بها ، فإن جاءَ صاحبُها ضمنها له، قيل له فما يصنع بلبنها ؟ قال : يشربُهُ ، وهذا خفيفٌ لِأنه يرعاها ويتفقدها .

قال محمد بن رشد : قولُ سحنون هذا إنه يضمنها لربها إن جاء إذا تصدق بها مثلُ قول مالك في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب ، خلافُ قوله في رسم الأقضية الثاني منه ، وقولُه في لبنها إنه يَشْرَبُهُ لِأنه يرعاها ويتفقدها يبين قولَ مالك في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب ، وقد مضى تحصيلُ القول في ذلك كله في الموضعين وبالله التوفيق .

من سماع عبد الملك بن الحسن من ابن وهب

قال عبدُ الملك : سألت ابنَ وهب عن اللقطة يجدها الرجلُ فيستنفقها بعد السنة فيقوم عليه الغرماء ولم يأت صاحبُها أترى أن يحاص بها الغرماءَ فقال : نعم أرى للسلطان أن يحاص بها الغرماء ، وسألت أشهبَ فقال لي مثلَه إلاّ أنه لم يذكر السلطان .

قال محمد بن رشد : ليس سكوتُ أشهب عن ذكر السلطانِ في هذا بمخالفٍ لقولِ ابنِ وهب ، لِأنَّ السلطانَ هو الناظرُ في هذا لصاحب اللقطة لكونه في منزلة الغائب إذْ لا يعرف ، ومعنى ذلك إذا عُرف إقرارُه باستنفاقه االلقطة قبل أن يقوم عليه الغرماء ، إذ لا يجوز إقرارُ المفلّس بالدين بعد التفليس لمعين معلوم ، فكيف لغائبٍ مجهولٍ وبالله التوفيق .

من نوازل سئل عنها سحنون

وسئل أشهبُ عن الرجلين يدعيان النقطة عندَ الرجلِ قد

وَجَدَهَا فيصفُ أحدهما العفاص والوكاء ، ويصف الآخرُ عدد الدنانير ووزنها ، قال : فهي للذي عرف العِفاص والوِكاء ، وكذلك لو عرف العِفاص وحده كانت له أيضاً بعد الإستبراء ، قيل : فلو أنَّ رجلاً إدعاها وحده وعرف العفاص ؟ قال : فيستبرىء فإن لم يأت أحد أُعطِيَها الذي عرف العفاص ، وإنما الحديث الذي جاء إعرف العفاص والوِكاء فإن جاءَ طالبُها فإنما ذلك مثل الخليطين إذا كان الدلو والراعي والمراح وَاحِداً ، فهو إذا جمعا الراعي أو المراح أو الدلو فهما خليطان ، فكذلك إذا عرف هذا بعضاً ولم يعرف بعضاً .

قلت : فلو قال هي في خرقة حَمْرَاء وخيطٍ أبيض فوجدت الخرقة كما قال والخيطُ أسود ؟ قال فيُستبرَأُ أيضاً ثم يرجع بعد ذلك فقال لي : هذا قد أكذب نفسَه إذْ ادعى المعرفةَ بالوكاء والعفاص ثم وجد بعد ذلك على غير ما قال ، فلا يصدق ، وإنما يصدق إذا أصاب في بعض وادعى الجهالة في بعضٍ فيُستبرَأ فإن جاء أَحدٌ بأحق مما ادعى وإلا أُعطِيَها ، قيل : فَوَصَفَ العفاصَ والوِكاء وادعى إنها دنانير فوجد العفاص والوكاء كما قال ووجد فيها دراهم ؟ قال : لا يُعطاها لأنه إنما ادعى دنانير ذهبت منه لم يدع دراهم ، قال لي : وكذلك لو قال خرقة حمراءُ وخيط أبيض والدنانيرُ هاشمية فوجدت الخرقة والخيط كما قال ، ووجدت الدنانير عتق لم يكن له شيء .

قال محمد بن رشد : قال إنه إذا ادعى اللقطةَ رجلان ، فوصف أحدُهما العفاص والوكاء ، ووصف الآخر عدد الدنانير وَوَزْنَهَا إنها للذي عرف العفاص والوكاء ، يريد مع يمينه ، والاختلاف في هذا ، وإنما لا اختلافَ إذا جاءَ وحده فقيل إنها تُدفعُ إليه بالصفة دون يمين ، وهو ظاهرُ مذهب ابن القاسم في المدونة ، والوجهُ في ذلك أن الصفة في اللقطة التي لا دافع لها

كالبينة القاطعة فيما له من يدفع عنه ، وقيل إنه لا يدفع إليه إلّا بيمينٍ .

وقال : إن وصفَها رجلان أحلفا ، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر فهي لمن حلف منهما ، وإن حلفا جميعاً أو نكلا جميعاً قسمت بينهما ، فقولُه إنه يقسم بينهما إذا نكلا ردٌّ لقوله إنه لا يدفع إليه إذا جاء وحده إلّا بيمين ، واستحسنَ أصبغُ في أحد قوليه إذا وصف أحدُهما العفاص والوكاء ووصف الآخرُ عددَ الدنانير والدراهم وصفتها أن تُقْسَمَ بينهما بعد أيمانهما كما لو اجتمعا جميعاً على صفة العفاص والوكاء .

والاختيارُ أن يصف مدعي اللقطة العفاصَ والوكاءَ وما اشتملا عليه من عدد الدنانير والدراهم وصفتها ، فإن وصف بعضاً وجهل بعضاً أو غلط فيه ففي ذلك اختلافٌ وتفصيل: فأما جهلُه بالعدد فلا يضره إذا عرف العفاص والوكاء، وكذلك غلطه فيه بالزيادة لا يضره لجواز أن يكون قد اغتيل في شيء منها ، واخلف في غلطه فيه بالنقصان إذا عَرَفَ العفاص والوكاء على قولين ، وكذلك واختلف في غلطه فيه بالنقصان إذا عَرَفَ العفاص والوكاء وأما إذا غلط في صفة الدنانير فلا أعلم خلافاً في أنْ لا شيء له .

وأما العفاص والوكاء إذا وَصَفَ أحدَهما وجهل الآخر أَوْ غلط فيه ففي ذلك ثلاثةُ أقوال أحدها أنه لا شيء له إلّا بمعرفتهما جميعاً . والثاني أنه يستبري أمرَه فإن لم يأت أَحَدٌ بِأَثْبَتَ مما أتى به دفعت له ، والثالث أنه إن ادعا الجهالة استبرى أمره وإن غَلِطَ لم يكن له شيء ، وهذا أعدلُ الأقوال والله أعلم .

ولو جهل العِفاصَ والوِكَاءَ جميعاً وعَرَفَ عددَ الدنانير وصفتَها ووزنَها لَتخرَّج على قول أصبغ الذي قاله على طريق الإستحسان إذا وصف أحد المُدَّعِيَيْنِ العفاص والوكاء والآخرُ عددَ الدنانير وصفتَها ووزنَها أنْ تقسم بينهما

أن تكون له(٩) إذا جاء وحده فوصف عدد الدنانير والدراهم وصفتها ووزنها وجهل العفاص والوكاء جميعاً وبالله التوفيق .

مسألـــة

قيل لأصبغ : الرجلُ يلتقط الشاة الضالة بفلاة من الأرض بموضع يجوز له أكلها فيذبحها ثم يأتي بها معه إلى الأحياءِ أعليه أن يعرفها ؟ قال : ليس عليه أَنْ يعرفها ، وأكلهُ لها طيب كان غنياً عنها أو لم يكن وكذلك جلدها .

قلت : فلو اعترفها ربها في يديه قبلَ أَنْ يأكلها ، قال : فهو أولى بها إذا أدركها ، قيل : فلو كان ملتقطاً استحياها حتى قدم بها الأحياءَ أيكون له أن يعرفها ؟ قال : هذا مخالفٌ لما ذكرت ، وعليه أن يعرفها أَوْ يَصْرِفَهَا إلى أهل قريةٍ يعرفونها ولا حق له فيها ولا يحل له حبسها ، لأنه أنما جَازَ أكلها وذبحُها بالفلاة أَوْ المُنْقَطَعِ لئلا تَتْلَفَ إن تَرَكَهَا أكلتْها السباعُ وَإنْ تَحَمّلَها أَضَرَّتْ به ، فلما تَحَمَّلَ من حملها ما لم يكن عليه حتى بلغها الأحياء كانت كما التقطها هنا ، تُعَرَّف ولا تُؤكَلُ .

قال محمد بن رشد : اعترض أبو اسحاق التونسي قولَ أصبغ هذا إذا قَدِمَ بها الأحياءَ مذبوحة فقال : الأصوب أن لا يأكلِ اللحم وأن يبيعه ويُوقِفَ ثمنَه لِأن الإباحة إنما كانت له حيثُ لا ثمن له،ولو تركه هناك لأكله الذئب وفي الحاضرة قد صار له ثمن ، وهو صحيح ، وبالله التوفيق .

---

(٩) كذا بالأصل وبنسخة ق ٣ : ولعله كما ينبغي أن تكون له .

تم كتاب اللقطة بحمد الله تعالى

كتاب المزارعة

من سماع عيسى بنِ دينار
من ابنِ القاسم من كتاب السّلَم

قال عيسى : وسئل ابن القاسم عن رجلين اشتركا على مزارعةٍ فاشترى أحدُهما نصف البذر قَمْحاً جيداً نقياً ، فعرضه على صاحبه فَرَضِيَه وأجازه ، ثم اشترى الشريكُ الآخر النصفَ الآخر قمحاً ردئاً فَزَرَعَ منه ثلثَه فعرضه على صاحبه فرضيه واستجازه على وجه التجوز والمسامحة ، فزرع صاحبُ النصف الجيد قمحَه رقيقاً فدادين ، وزرع الآخرُ قَمْحَهُ الردىء فزرع به فدادين وشيئاً ، ثم تشاحا ؟ قال : يؤدي كل واحد منها إلى صاحبه نصفَ ثمن زريعتِهِ فيستويان .

قال محمد بن رشد : قولُه اشتركا على مزارعةٍ معناه اشتركا في الحرث للزراعة ، وإرادتُه أنهما اشتركا على أن يجعل كل واحد منهما زَوْجَهُ ويدَه ونصف البذر ، والأرضُ لهما أو بأيديهما اكتِرَاءً أو مزارعة أو مِنْحَةً بدليل قوله فزرع صاحبُ النصف الجيد قمحَهُ فزرع منه كذا وكذا ، وزرع الآخرُ قمحه الردىء فزرع منه كذا وكذا ، والشركةُ على هذا إنما تصح إذا كان يحتاجان فيها إلى التعاون في إقْرَانِ البقر للحرث وَحَلِّهَا والقيامِ عليها في سقيها وعلفها وما أشبه ذلك .

ويختلف في هذه الشركة هل تلزم بالعقد أم لا ؟ على اختلافهم في

المزارعة ، فجاء جوابُه في هذه المسألة على القول بِأَنَّهَا لا تلزم بالعقد ، وهي رواية أصبغ عنه في سماعه بعد هذا ، لأنه أفسدَ الشركةَ بينهما مسامحةُ أحدِها الآخر بعد العقد فيما أخرج من القمح الذي لا يعدل قمحه في الطيب ، مع ما بينهما من التفاوت الكثير الذي لا يجوز أن يسمح في مثله في الشركة التي لا تلزم بالعقد ، وذلك معارض لقوله في رسم الجواب بعد هذا على ما سنذكره ونُبين وجهَه إن شاء الله ، وأما على القول بأنها تلزم بالعقد فيجوز أن يسمح أحدُهما للآخر بعد العقد بالقليل والكثير قولاً واحداً ، فقولُه على القول بفساد الشركة بمسامحة أحدهما الآخر بعد العقد إذ لم يَرَهَا لازمةً بالعقد : إنه يؤدي كل واحد منهما إلى صاحبه نصفَ ثمن زريعته فيستويان صحيحٌ على القول بأن الزرع في المزارعة الفاسدة بينهما على ما اشتركا عليه ويتعادلان فيما أخرجاه فمن كان له منهما فضل على صاحبه رجع به عليه ، وهو قولُ ابن حبيب في الواضحة إذَا سلِمَا من كراء الأرض بما يَخرج منها ، وهو الذي يأتي أيضاً على القول بأن الزرع في المزارعة الفاسدة لصاحِب العمل ، إذ قد عملا جميعاً ، وعلى القول أيضاً بأنه من اجتمع له شيئان من ثلاثة أصول وهي العمل والأرض والبَذْرُ وَعَلَى القول أيضاً أنه لمن اجتمع لَهُ شيئان من ثلاثة أصول وهي الأرض والبذر والبقر إذ قد اجتمع لكل واحد منهما البذرُ والبقرُ ، وعلى القول أيضاً بأنه لمن اجتمع له منهما شيئان من أربعة أصول وهي الأرض والعمل والبقر والبذر إذ قد اجتمع لكل واحد منهما ثلاثةُ أشياء .

وأما على القول بأن الزرع في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر فيجب أن يكون لكل واحد منهما ما أَنبتَ قمحُه ، وإلى هذا ذهب أبو اسحاق التونسي فقال : إن كان بينهما تفاوت لا يجوز أن يسمح به في الشركة فكان يجب أن يكون لكل واحد منهما ما أنبتَ قمحه كشعير وقمح إلاّ أَنْ يُقَدَّرَ أَنّ التفويت إذا كان بإذن صاحبِه صار كالقبض ، فيجب مثلُ ذلك في القمح والشعير وفي الشركة الفاسدة بالعُروض أن يَضْمَنُ كلُّ واحد منهما نصفَ قيمة عَرْضِ

صاحبه ، وهذا الذي قاله أبو اسحاق التونسي صحيحٌ كَأَنَّ وجهَ القولِ في كون الزرع في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر هو بقاء يده على بذره مع شريكه فلم يَبِنْ بحِصَّتِهِ منه بَيْنُونة صحيحة هذا وجه القول في هذه المسألة .

وقد قال ابن دحون فيها : هذه مسألة مشكله لأنه أبطل ما قد تراضيا به ، وإنما ذلك لأنهما لَمَا القمحُ من السوق وكانا كأنهما إنما اشتركا بالأثمان التي اشتريا بها . فردها إلى تساوي الأثمان ، ألا ترى أنه لو ضاع ما اشترى أحدُهما قبل شراء الآخر كان عليهما إذا اشتراه للزراعة وللشركة التي عقدا حول ذلك على أنهما إنما اشتركا بأثمان ما اشتريا ، فَرَدَّهُمَا إلى التساوي ، ولو كان ثمنُ القمح الردي مثلَ القمح الجيد لم يتراجعا إذا تراضيا ، ولو كان ثمنُ الرديء أكثرَ من ثمن الطيب لَرَجَعَ على صاحب الطيب بما فضله إذا تراضيا أولاً ، ولو كان القمحُ أخرجه كلُّ واحد منهما من داره ولم يشتره وتراضيا بجيده ورديه لم يكن لأحدهما رجوع في ذلك ، وإنما جاز له الرجوعُ لَما اشتريا من السوق فصار إنما اشتركا بالأثمان فيها وتراجعا ، هذا نص قول ابن دحون ، وهو كلام مُخْتَلُّ الوجه له ، لِأن لفظَ الشركة تقتضي التكافُؤَ فيما يخرجه كل واحد منهما عوضاً عما يخرجه صاحبه ، فإذا رضي أحدُهما بعد عقد الشركة بأن يُخْرِجَ صاحبُه أدنى من القمح الذي يُخرج هو ، فقد يفضل بنصف ما زادت قيمة طعامه على طعام صاحبه ، وَكَانَ ذلك على القول بأن العقد غيرُ لازم بمنزلة ما لو شاركه على ذلك ابتداءً ، ووجب أَنْ تُفسخ الشركةُ بينهما إلاّ أن يفوت بالبذر فيكون لكل واحد منهما ما أنبتَ قمحُه على القول بأن الزرع في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر ، ويكون الزرع بينهما على القول الآخر ويتعادلان في قيمة ما أخرج كل واحد منهما من الطعام اشتراه من السوق أو جاء به من داره ، واستدلالُه على الفرق بَين الوجهين بما ذكره من الضمان لا يصح ، إذ لا فرق بينهما في الضمان أيضاً وإن تلف بعد أن عرضه على صاحبه فرضيه وأجازه لكانت مصيبتُه منهما على قياس القول بأَن الزرع بينهما ومن صاحبِه الذي جاء

به من عنده على قياس القول بأنَّ له ما أنبتَ دون شريكه ، ولا فرق في ذلك كله بين أَنْ يشتريَه من السوق أو يأتيَ به من داره ، وبالله التوفيق .

ومن كِتَاب شَهِدَ على شَهَادَةِ مَيّتِ

وسئل عن الرجل يُعطِي أرضَه وبَقَره رجلاً وزريعتَهُ يعمل بها على أن يُخرج عندَ دفع الزرع ما أعطاه من زريعته ثم يقتسمان ما بقي على النصف ، ثم يزعم الذي أمسك الزوج أنَّ له نصفَ الزريعة ، وهو مقر لصاحبه بأرضه وبقره ونصف الزريعة وأنكر الآخر أن يكون له شيءٌ إلَّا عملُه بيده فالقول قولُ من تراه ؟ قال ابنُ كنانة : القولُ قولُ من زرع الأرض والزريعة بينهما شطران ، وهو الزَّارِعُ الذي رِيءَ يزرع الأرض قال ابن القاسم مثلَه وهو من ناحيةٍ قولُ مالك .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال على مذهب مالك ، لأن رب الأرض يدعى على الزَّارِعِ أنه أسلف نصفَ الزريعة ، وأنه شاركه على ذلك بشرط ، وذلك يُوجِبُ فسادَ الشركة ، فوجب أن يكون القولُ للزارع الذي يُنكر السلفَ ويدعي صحةَ الشركة على أصولهم في أنَّ القولَ قولُ مدعي الصحة ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب الجواب

وسألتُه عن رجلين اشتركا على الزَّرعِ ، فجعل أحدُهما زوجاً والآخر يُمْسِكُ الزوج ويحرث به ، وجعلَ صاحبُ الزوج الزريعة كلها على أن يرد عليه الشريكُ نصفَ الزريعة أو ثمنها ، قال ابن

القاسم : هذه شركةٌ فاسدةٌ ، لأنها شركةٌ وسلف ، قبلَ كل شيء فالزرعُ بينهما نصفين على قدر شركتهما ، ويرد على صاحب الزريعة نصفَ زريعته ، وينظر إلى قدر قيمة عمل الزوج البقر ، وإلى قَدْرِ قيام الآخر عليه وامساكه إياه وحرثه به ، فأيهما كان له الفضلُ منهما رَجَعَ على صاحبه .

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال ، لأنها شركةُ أبدانٍ ، فلما فسدت باشتراط السلف فيها وجب أن يكون الزرع بينهما على مذهب ابن القاسم ، ويتعادلان فيما أخرجاه ، فمن كان منهما لَهُ فضلٌ على صاحبه رجع به عليه ، وسحنونٌ يقولُ إن الزرع لصاحب السلف على أصله في أن الزرع في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر وبالله التوفيق .

مسألــة

وسألتُه عن رجلين اشتركا في الحرث على النصف أو على الثلث لأحدِهما الأرضُ والآخر يعمل بيديه وزوجه ، فقال أحدُهما لصاحبه اجعل الزريعة كلها وعلى نصفها أو ثلثها أرُدها عليك ، فعملا جميعاً على ذلك فصلح الزرعُ أو هلك ، وكيف إن قال له : أسلفني بعدما عقد الشركة ؟

قال ابنُ القاسم : الشركة فاسدة للسلف الذي أسلفه من الزريعة إذا كانا على ذلك اشتركا ، فإن وقع هذا فالزرعُ بينهما على قدر ما اشتركا من النصف أو الثلثين أو الثلث ، والمصيبة بينهما على قدر ذلك إن هلك الزرع أو لم ينبت، ويرجع مسلف الزريعة على صاحبه ما أسلفه متى شاء ، ويُنظر إلى قيمة كراء الأرض وإلى قيمة عمل الآخر بِبَدنه وزوجه فأيهما كان له فضلٌ منهما رجع به دراهم أو دنانير ، وليس في الزرع .

وإن كانت الشركةُ على غير سلف ثم سأله أن يسلفه الزريعة ففعل فليس بذلـك بأس ، والشركةُ حلال جائزة ، إذا كان قيمةُ العملِ مكافئَةً لقيمة كراء الأرضِ على ما فسرتُ لك ، فإن كان في ذلك فضلٌ رجع من كان له الفضلُ بالفضل على صاحبه على نحو ما أخبرتُك ، ورواها أصبغ .

قال محمد بن رشد : القولُ في هذه المسألة كالقولِ في المسألة التي فوقها ، لأن المزارعةَ تفسد باشتراط السلف فيها كما تفسد الشركة بذلك ، وإذا فسدت بذلك وجب في مذهب ابن القاسم أَنْ يكون الزرعُ بينهما على ما اشترطاه من الأجزاء ، ويتعادلان فيما أخرجاه ، فمن كان له منهما فضلٌ على صاحبه رجع به عليه ، ويبطلُ الأجل في السلف لفساده إن كان له أجلٌ وسحنون يبطل السلفَ لبقاء يد السلف عليه ، ويجعلُ الزرع كله للعامل الذي جعل البذر ، ويكون عليه لصاحب الأرض كراءُ المثل فيها على أصله في أنَّ الزرع في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر في قول ابن القاسم في الرواية .

وإن كانت الشركةُ على غير سلف ثم سأله أن يسلفه الزريعة ففعل فليس بذلك بأس نظر على أصله في أَنَّ المزارعة لا تلزم بالعقد ، لأن القياس على القول بأنها لا تلزم بالعقد ألا يجوزَ السلفُ بعد العقد كما لا يجوز في العقد ، فهذا من قوله معارض لقوله في أول مسألة من السماع ، وقد قال بعض أهل النظر : إن هذا من قوله يدل على أنَّ المزارعة تلزم بالعقد خلافُ رواية أصبغ ، إذ لو لم يلزم بالعقد عنده لَمَا جاز السلفُ قبل العقد ولا بعده ما لم يعمل ، كما لا يجوز ذلك في القراض ، ولا دليل من قوله في هذه الرواية على ذلك ، إذْ قد ذكر فيها ما يدل على أنها لا تلزم بالعقد ، وهو قوله فليس بذلك بأس والشركة حلالٌ جائزة اذا كان قيمة العمل مكافئة لقيمة كراء الأرض ، لأن من يرى المزارعة لأزمة بالعقد يجيز التفاضل فيها ، فلا يشترط في جوازها

التكافؤ فيما يخرجان ، وإنما لَمْ تفسد المزارعةُ إذا كان السلفُ بعد العقد وإن كانت عنده غيرَ لازمة بالعقد مراعاةً لقول من يراها لازمةً بالعقد وَلعلهما ظناً أنها لازمة بالعقد فبعُدت التهمةُ عنده عليهما ، ولو علما أنها لا تلزم بالعقد ولا يُحكم بلزومها على مَنْ أبى التزامها منهما لاتفقا أن تَفْسُدَ المزارعة بينهما بالطواعية بالسلف بعد العقد ، فهذا يوجبه قولُه في هذه الرواية وبالله التوفيق .

ومن سماع سحنون

قال سحنون : قال ابنُ القاسم : قال مالك :من دفع أرضه الى رجل يزرعها على أن ما أخرج اليه فيها من الزرع بينَ الزارع وبين صاحب الأرض فإنَّ الزرع كله للذي زرعه ، ويغرم الزارعُ لصاحب الأرض كراء أرضه .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأنه كراء الأرض بالجزء مما يخرج منها ، ولا اختلاف في المذهب في أنَّ ذلك لا يجوز لنهي النبي عليه السلام عن المُحَاقَلَةِ والمُخَابَرَةِ[1] .

والمزارعة إذْ تَأَوَّلُوا أن المراد بذلك كراءُ الأرضِ بالجزء مما يخرج منها ، وقد جاء النهي عن ذلك نصّاً : روى عن النبي عليه السلام أنه قال :

(١) الذي في صحيح البخاري عن أنس في كتاب البيوع : باب بيع المخاضرة : [نهى صلى الله عليه وسلم عن المحاقلة والمخاضرة والملامسة والمنابذة والمزابنة] والمحاقلة : بيع الطعام في سنبلة بقدر معلوم من الحنطة ، والمخاضرة بيع الثمار خضراء ، والملامسة أن يقول شخص لآخر إذا لمست ثوبي فقد لزم البيع ، والمنابذة أن ينبذ رجل إلى آخر ثوباً والآخر كذلك ويعتبران ذلك بيعاً ، والمزابنة والمراد بها المغالبة إذ بالمغالبة تحصل المزابنة .

« من كانت له أرض ليزرعها أو ليزرعها أخاه ولا يكرها بثلث ولا بربع ولا طعام »[٢] .

وأجاز ذلك جماعةٌ من أهل العلم منهم االليث بن سعد، وحجتهم في ذلك إعطاء رسول الله صلى الله عليه يهودَ خيبر الأرض والنخلَ على شطر ما يخرج من ذلك وتأَوَّلوا في المحاقلة أنها إشتراءُ الأرض بالحنطة ، والصحيحُ ما ذهب إليه مالك ، لأن النصَّ قد جاء بالنهي عن كراء الأرض بالثلث والربع .

وحديثُ المسافاتِ يُمكن تأويلُه على ما تأَوَّلَه إليه مالكٌ من أن الأرض كانت يسيرةً بين أضعاف السواد ، وقد اختلفَ أهلُ العلم في جواز كراء الأرض وفيما يجوز أن تكرى به إختلافاً كثيراً لِتَعَارُضِ ظواهرِ الآثار الواردةِ في ذلك عن النبي عليه السلام يتحصل فيها ثمانيةُ أقوال قد ذكرتُها في غير هذا الكتاب وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال ابن القاسم قال مالك : من دفع حَبّاً إلى رجل يزرعهُ في أرضه على أنَّ الزرع بينهما فإن الزرعَ كلَّه لصاحب الأرض ويعطي صاحبُ الأرض صاحبَ الحب مكيلَة حبه ، قال سحنون : لا يعجبني هذا وأرى الزرع كله لصاحب الحب ويعطي الزارعَ أُجرتَه وأجرَة بقره وكراءَ أرضه .

---

(٢) الحديث في صحيح البخاري عن ظهير بن رافع ، قال : دعاني رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ما تصنعون بمحاقلكم ؟ قلت : نؤاجرها على الربيع وعلى الأوْسُقِ من التَّمْر والشعير ، قال لا تفعلوا ، ازْرَعُوها أو أَزْرِعُوها غيرَكم أو أَمْسِكُوها ، قال رافع : قلت سمعاً وطاعة وفيه عن عطاء عن جابر قال : كانوا يزرعون بالثلث والربع والنصف ، فقال صلى الله عليه وسلم : مَنْ كانت له أرضٌ فَلْيَزْرَعها أو لِيَمْنَحْها فإن لم يَفْعل فليُمْسِكْ أَرْضَه .

قال محمد بن رشد : الفسادُ في هذه المزارعة بينٌ لأنه يدخلها كراء الأرض بما يخرج منها من الطعام ، فلا اختلاف في المذهب في وجوب فسخها وإبطال الجزء بينهما ، وإنما الاختلاف في الزرع لمن يكون على هذين القولين ؟ لا ثالث لهما وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل ابنُ القاسم عن الأرض تكون بين الرجلين فيقول أحدُهما لصاحبه : خذ هذه الدنانير فاشتر بها ما يَصِيرُ عَلَي من الزريعة فيأخذ ويزرع ثم يقول الموكَّلُ على الشراء : ما اشتريتُ وإنما أخرجتُ ذلك من عندي . قال : فللموكِّلِ أن يكذبه ويكون الزرعُ بينهما ، لأنه يُتهم أنْ يكون يدعي عليه سلفاً من طعام وقد أُمِرَ بالشراء قال : ولو كان الذي أمره باشترائه صدقه أنه لم يشتر ؟ قال : فهو بالخيار إن شاء أعطاه المكيلةَ وكان شريكَه في الزرع ، وإن شاء أخذ دنانيره ولم يكن له في الزرع شيء .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إن الوكيل إذا أقر بما ادعي عليه شريكُه من أنه دفع إليه دنانيرَه ليشتري بها ما يصير عليه من الزريعة ويزرع ، ثم إدعى أنه زرع من عنده ولم يشتر لشريكه شيئاً لا يُصدَّق في ذلك لأنه يدعي سلفاً من الطعام على شريكه .

وقولُه فلِلموكّلِ أنْ يكذبه معناه لا يلزمه أَنْ يصدقه لأن له أن يكذبه وإن علم أنه صادق ، وإنما معناه أنَّ القولَ قولُه فيما يدعى من كذبه أو الجهلِ بصدقه ، فإن حقَّقَ الدعوى عليه بأنه كاذب حلف على ذلك وكان له نصفُ الزرع ولم يكن للوكيل عليه ما ادعاه من الطعام ، وكذلك إن لم يحقق الدعوى عليه بذلك ، غيرَ أنه يحلف أنه لا يعلم ما يقولُ الوكيلُ من أنه زرع من عنده

ولم يشترِ شيئاً ، فإن نكلَ عن اليمين حلف الوكيل ورد اليه دنانيره وأخذ منه الطعامَ الذي زعم أنه زرعه له من عنده .

وأما إن صدقه الموكلُ أنه لم يشتر شيئاً فقال في الرواية إنه بالخيار إن شاء أعطاه الكيلَ وكان شريكَه في الزرع ، وإن شاء أَخَذ دنانيره ولم يكن له في الزرع شيءٌ ، وذلك كلامٌ وقع على غير تحصيلٍ ، لأنه إنما يخير بين أَنْ يترك الزرع وبين أن يأخذه ويؤدي الطعام ، وأما الدنانيرُ فيأخذُها على كل حال إذْ قد صدقه أنه لم يشتر له بها شيئاً ، وفي تخيره في ذلك اختلافٌ ، قد قال ابنُ القاسم في سماع أصبغ بعد هذا في نظير هذه المسألة إنَّه لا ينبغي أَنْ يكون صاحبُ البذر مخيراً بين أن يعطي بذراً ويأخذ زرعاً وبين أَنْ يُسلِمَ الزرع ، وكذلك قال يحيى بن عمر إنه إنْ صدقه أنه لم يشتر أو قامت بذلك بينةٌ وزرع من عنده فالزرعُ لِبَاذِرِهِ ، ولا يجوز للآخر الرضي بأخْذِ نِصْفِه ويؤدي الزريعة ، وهذا حرامٌ ، وليأخذ دنانيرَه وما يجب له من كراء الأرض وَبَقَرٍ وعبيدٍ ، وكذلك قال ابنُ القاسم في كتاب إبْنِ سحنون إنَّه إن صدقه وقد تَمَّ الزرعُ يريد بالبذر ، فهو لمن زرعه وللآخر كراءُ أرضه بعد أَنْ حكي عن ابن القاسم مثلَ ما قاله في العتبية في هذه الرواية ، وإنما يكون مخيراً في ذلك على القول بأنَّه مخير فيه ، إذا قال الوكيل إنما زرعتُ له ولنفسي على أَنْ يكون لِي نصفُ البذر عليه سلفاً ، وأما إن قال زرعت لنفسي خاصة فالزرعُ له وعليه كراء نصفِ الأرض ونصفِ البقر ونصفِ العبيد إن كان ذلك كله بينهما ، ولا تخيير في ذلك للشريك بحالٍ عند أحدٍ ، ولو علمنا صدق قول الوكيل فيما ادعاه من أنه زرع لنفسه أو للشريك لم يكن له في ذلك خيارٌ ، وإنما الخلاف اذا لم يَعْلَمْ صِدْقَه من كذبه ، فهو يخشى إن صدقه أن يكون كاذباً ، وإن كذبه أن يكون صادقاً ، فيدْخلُ ذلك في كل وجه بَيْـعُ الزرع بطعام ، لأنه إن كان زرع لنفسه فالزرع له لا يجوز أَنْ يأخذ فيه طعاماً من الشريك ، وإن كان زرع للشريك لا يجوز أن يُسْلِمَه اليه بما له عليه من الطعام ، ولهذا المعنى قال القائلُ في

سماع أصبغ بعد هذا أنه ينتظر بالزرع حتى يحصد ويدرس فيستوفي الوكيلُ منه بذره ، ويكون ما بقي لصاحب الأرض لأنه زرعه له وباسمه ، هذا وجهُ القول في هذه المسألة فيما يجب الحكمُ والقضاء به .

وأما الاستفتاء فسبيلُه أن يقال فيه للشريك أنتَ تعلم إن كنتَ توقن أنه قد صَدَقَكَ في قوله إنه زرع لك من عنده فادفع اليه الطعام وخذ زرعك ، وإن كنت توقن أنه قد كَذَبَكَ في قوله وأنه إنما زرع لنفسه فلا يجوز لك أَنْ تدفع اليه الطعام وتأخذ الزرع ، وإن كان لا يقين عندك في واحد من الوجهين فوجهُ الخلاص ما قاله القائل في سماع أصبغ من أن يحصد الزرع ويدرس فيستوفي منه الوكيلُ بُذُورَهُ ويكون ما بقي لك لأنه زرعه لك على ما أَقَرَّ به وبالله التوفيق .

مسألــة

قال : وقال ابن القاسم في الأرض تكون بين الرجلين يحرثانها جميعاً أيامَ البذر فيغيب أحدُ الشريكين فيقوم أحدُهما فيبذرها ، قال : إن جاء صاحبه قبل أَنْ يفوتَ الزرعُ رأيتُ أن يبذُرَ نصيبه من الأرض يزرعها ولا يجوز له أن يأخذ فيها طعاماً ولا ذهباً ولا أرضاً يحرثها ولا متوبة إذا لم يفت البذرُ ، فإذا فات كان على الذي بذرها أن يُعطيَه كراءَ عمله الذي كان عمل إذا فات .

قال محمد بن رشد : لم يبين في هذه الرواية انْ كان الشريكُ زرع الأرضَ في مغيب شريكه لنفسه أو بينهما ، والمعنى فيها أنه زَرَعَهَا لنفسه ، ولذلك قال إن من حق الشريكِ الغائبِ إن كان إبَّانُ الزرع لم يفت أن يأخذ نصيبَه في الأرض فيزرعها لنفسه يريد بعد أن تُقْسَمَ إذا كانت مُشَاعَةً بينهما ، ومثله في كتاب ابنِ المواز ، قال ولو اكتَرَيَاهَا ليزرعاها بينهما فغاب أحدُهما فزرع الآخر نصفها وطاب فهو له خاصة ، وعليهما كراءُ ما تَعَطَّل منها . قال

أصبغُ وعلى الزارع نصفُ قيمةِ كراءِ المزروع منها ان كان ذلك أكثرَ من الثمن ، وما تعطل فهو عليهما وكراؤها كلها عليهما، قال ابن المواز : وهذا قولُ ابن القاسم ، وقولُ ابن القاسم في هذه الرواية إنَّ للشريك الغائبِ أن يأخذ حظه من الأرض فيزرعها إن كان لم يَفُتْ إبَّانُ الزرع هو مثلُ قول ابن القاسم في أوَّل سماعه من كتاب الاستحقاق إنه يكون له فيما بنى في أرض شريكه قيمة بنائه منقوضاً إن صار في حظ شريكه ، خلافُ قوله في سماع أبي زيد بعد هذا ، وفي رسم إن أمكنتني من سماع عيسى من كتاب الشركة إن الزرع للذي زرعه وعليه نصفُ كراءِ الأرض لشريكه يريد وإن كان إبانُ الحرث لم يفت فمرةً رأى ابنُ القاسم الشركةَ بينهما في الأرض مُبْهَمَةَ توجب أن يكون الزرعُ لزارعه وَإن لم يفت إبانُ البذر ، ومرةً لم ير ذلك بشبهة ، ورأى من حق الشريك أَنْ يأخذ نصيبَه من الأرض يزرعها إذا لم يكن للذي بذره فيه منفعةٌ إنْ قَلَعَهُ ، وإن كانت له فيه منفعة كان من حقه أَنْ يقلعه إلَّا أن يَشَاءَ الشريك المتعدي عليه أَنْ يأخذه بقيمته مقلوعاً ، فيكون ذلك له ، وقد مضى ذكرُ الاختلاف في ذلك في أول سماع ابنِ القاسم من كتاب الاستحقاق ، وفي رسم إن امكنتني من سماع عيسى من كتاب الشركة .

ولو زرع الأرضَ بينهما لنفسه وللغائب ، لكان الغائبُ مخيراً بين أن يُسلم له الزرعَ وبين أن يأخذ حظه منه ويعطيه البذر على ما قال في المسألة التي قبل هذه ، وقد مضى القول على ذلك فلا معنى لإعادته .

من سماع عبد الملك بنِ الحسن

قال عبدُ الملك : سألت ابنَ وهب عن رجلين تزارعا في أَرْضِ أحدِهما ، فكان الزوج لأحدهما والأرضُ للآخر ، فاخرجَا زريعةً بينهما ، فلما فرغ الذي كان وَلِيَ الإِزْدِرَاعَ من الحرث قال لشريكِهِ

صَاحِبِ الأرض إذاً لِي الزريعةُ التي زرعتُ عنك ، فقال صاحبُ الأرض : قد زرعت ما كان علي منها وخلطنا زريعتَنا جميعاً ، اخرجتُ انا النصفَ وأخرجتَ انت النصفَ وإنما زرعت زريعتَنَا جميعاً ، وليس لك علي شيء ولم تسلفني شيئاً ، وقال الزارع : بل الزريعة كلها من عندي ، وقد صار نصفُها لِي عليكَ ، فعلى مَنْ البينة منهما؟ قال: القولُ لِلْعامل منهما وهو الزارع الذي ولي الزريعة والعمل ، والزرعُ بينهما نصفان لِأنها شركة فاسدةٌ قد وقعت وفاتت بالبذر والزرع ، لِأنه يُقِرُّ أنه إنما زرع على أَنَّ نِصْفَ الزريعة على صاحبه مضمونة سلفاً منه ، فهو كمن أخرجها من عنده ، ولصاحب الأرضِ نِصْفُ قيمةِ كراء الأرض على صاحبه ونصفُ قيمة العمل إن كان هو العامل ، وإن كان الآخرُ هو العامل فله نصف قيمة كراء أزواجه وعمله ، وما سوى من ذلك من المسألة فهو على ما فسرتُ لك في صدرها ، لا يبالي أيهما كان ويرجع العاملُ بنصف البذر على صاحبه بعد اليمين ، وقال أشهبُ : إذا قامت البينةُ لأحدهما أنه الزارع وان البذر كان في يديه فله على صاحبه نصفُ ذلك البذر ويحلف بالله الذي لا إله إلاَّ هو أنه له ، وما لصاحبه مما زَرَعَ من الزريعة قليلٌ ولا كثيرٌ .

قال محمد بن رشد : قولُ ابن وهب في هذه المسألة إنها شركة فاسدة معناها على ما حملها عليه من أَنَّ العامل إدَّعى أنه زَارَعَ صاحبَه على أَنْ يجعل عنه نصيبه من الزريعة سلفاً ، فهو يُصَدَّق فيما يدعي من أنه هو أخرج الزريعة كلها من عنده ، لِأنه هو الذي وَلِي زِرَاعتها ، ولا يصدق فيما ادعاه من الفساد في المزارعة بشرط السلف ، غير أَنَّهُ مقر بذلك على نفسه ، فإن كان عليه في ذلك دَرَكٌ لشريكه أَدَّاه إليه ، إذ قد يكونُ قيمةُ كراء ما أخرج أقلَّ من قيمة كراء ما أخرجَ شريكُهُ فيرجع عليه بنصف ما زاد كراءُ ما أخرج على ما

اخرج هو ، مثالُ ذلك أن يكون صاحبُ الأرض هو الذي وَلِيَ العمَلَ والزراعةَ فادعى أنه جعل جميعَه على السلف لشريكه وقيمة كراء الأرض وعمله عشرةُ دنانير ، وقيمةُ كراء بقر صاحبه عشرون ديناراً فيصدق فيما إدعى من السلف لأنه هو الذي وَلِيَ الزراعة ويلزمه إقرارُهُ على نفسه بفساد الشركة فيرجع عليه شريكُهُ بخمسة دنانير لِأن جميع كراء ما اخرجاه جميعاً ثلاثون ديناراً ، على مدعي السلف من ذلك خمسة عشر ديناراً أخرج منها عشرة عليه ولشريكه خمسةٌ يأخذها منه إن رجع إلى تصديقه وكذب نفسه على اختلاف في هذا الأصل، إذ قد قيل إنه يأخذُ ما أَقَرَّ له به، وان تمادى على إنكاره وإن كان قيمة ما أخرج الذي ادعى عليه سلف الزريعة أكثر من قيمة ما اخرج صاحبه لم يكن له عليه رجوع على القول بجواز التفاضل في المزارعة ، وهو الظاهر من ابن وهب في هذه المسألة ، لقوله فيها : ولصاحِبِ الأرض قيمةُ كراء الأرض على صاحبه ونصف قيمة العمل معناه ويكون لصاحبه عليه نصفُ كراء أزواجه ، فإن كان كراءُ أرضه وعمله أكثر من قيمة كراء أزواج صاحبه لم يرجع عليه بشيء ، وإن كان قيمة كراء أزواجِ صاحبه أكثرَ من قيمة كراءِ أرضه وعمله رجع عليه بنصف فضل ما بين الكراءَيْنِ ، لِأنه مقر على نفسه بفساد الشركة ووجوب التقويم والتراجع ، وأمّا على القول بأن التفاضل في المزارعة لا تجوز فيرجع مَنْ كان له فضلٌ منهما على صاحبه حتى يعتدلا ، لِأن المزارعة تَفْسُدُ من هذا الوجه ايضاً ، فيجب بذلك لمن كان له منهما فضلٌ على صاحبه في قيمة كراء ما اخرج أن يرجع به حتى يعتدلا .

ولم يتكلم أشهبُ على التقويم فيحتمل أن يكون سكت عنه فلا يكون قولُهُ مخالفاً لقول ابنِ وهب ويحتمل أن يكون لم يره بحالٍ إذ ليس في السؤال بيانُ أَنَّ مدعي السلف ادعى أنه شريك صاحبه على ذلك ، فَحَمَلَه على أَنَّه تطوعٌ بالسلف خلافُ ما حمله عليه ابنُ وهب والله أعلم وبه التوفيق .

من سماع اصبغ من كتاب البيوع العاشر

قال اصبغ : سألت ابن القاسم عن الرجلين يشتركان في عمل الزرع فيريدُ أحدُهُما الخروجَ وَيَبْدُو لَهُ ، قال : إن كانا لم يبذُرَا كان ذلك له ، وإن كانَا قد بذرا فليس ذلك له ، ويلزمه العملُ معه على ما أحب ، وإن عجز ولم يَقْوَ قيل لشريكه إعمل فإذا يبس الزرع فاستوفِ حقك وأدِّ فَضْلاً إن كان فيه إلى صاحبك ، وإن لم يكن فيه فضل وقصر عما انفق اتبعه به ، لِأن العملَ كان يلزمه معه على ما أحب ، لأنه ليس مما يُستطاع أَنْ يُقسم ولا يباع ، فإن ترك العملَ مع صاحبه هلك زرعُ صاحبه وقد اشتركا على أمرٍ حلال ، فليس له أَنْ يتركه بعد بذره .

قال محمد بن رشد : قوله إن كانا لم يبذرا كان ذلك له ، وإن كان قد بذرا فليس ذلك له ، يريد فليس ذلك له فيما قد بذر إذْ لا يستطيعان أن يقسما ما قد بذرا حتى يحصداه ويقتسماه بالكيل ، وَأَمَّا ما لم يبذرا بعدُ فلا يلزم الآبـي أن يتمادى مع شريكه على بذر ما بقي من زراعتهما ، وكذلك إن كانا قد قَلَبَا الأرض ولم يزرعاها بعدُ فلا يلزم الآبي منهما أَنْ يزرعها معه لِأنهما يقدرَانِ على قسم القليب وعلى بيعه وقَسْمِ ثمنه على معنى قول ابن القاسم هذا ، وهو معنى قوله في المدونة إذ لم تَجُزْ الشركةُ في الحرث إلَّا على التساوي والاعتدال في قيمة كراء ما يخرجه كل واحد منهما عوضاً عما يُخرجه صاحبه ، إذْ لو كانت المزارعةُ تلزم بالعقد لجارت وإنَّ قيمة كراءِ ما يخرجه أحدُهُما أكثرُ من قيمة كراء ما يخرجه صاحبه .

وابنُ الماجشون وسحنون يريان المزارعةَ تلزم بالعقد ، وهو قول ابنِ كنانة وابنِ القاسم في كتاب ابنِ سحنون ، وإنما وقع هذا الاختلافُ في المزارعة لِأنها شركة وإجارة كل واحدة منهما مفضية للأخرى بكليتهما ، لا

فضل فيها عنهما ، فاختُلِفَ أَيُّهُمَا يُغَلَّب ، فإن غلب الشركةَ لم يرها بالعقد لازمة ولا اجازها الا على التكافي والاعتدال إلاَّ أن يَتَطَوَّل احدُهُمَا على صاحبه بما لا قدر لكرائه ، ومن غلب الإجارة ألزمَهَا بالعقد فَأَجَازَ التفاضلَ بينهما ولم يراع التكافُؤَ غيرُ ابن حبيب ، قال ما لم يتفاحش الأمْر بما لَا يُتَغَابَنُ في مثله في البيوع ، وقال سحنون : ذلك جائزٌ وإن تفاحش الفضلُ في قيمة كراء الأرض ما لم يُخرِج أحدُهُما شيئاً منفرداً لَهُ بَالٌ لم يُخرج صاحبُهُ عنه عوضاً فلا يجوز ذلك ، والقياس على القول بتغليب الإجارة وإلزامِ العقد أنْ يجوز التفاضل بكل حال ، وفي المسألة قولٌ ثالث جَرَى به العمل بقرطبة أَلَّا تلزمَ المزارعةُ بالقول حتى يشرعا في العمل ، وهو قولٌ يُرْوَى عن ابن كنانة وليس بقياس ، وإنما هو استحسانٌ إذْ لا يخرج عن القولين في كلتا الحالتين ، ويُشبه روايةَ علي بن زياد عن مالك في أنَّ الجاعلَ يلزمه الجُعل بشروع المجهُول له في العمَلِ ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قال أصبغ : سمعتُ ابنَ القاسم وسئل عن رجل وَكَّلَ وكيلاً يزرع له فاخطأ فزرع أرضَه ببذرٍ لإبنه أو لامرأته أو لغيرهما قال : يغرم الوكيلُ لابنِ الرجل أو لأمرأته أو لغيرهما بَذْرَهما ، ويكون الزرعُ للوكيل ويكون عليه كراءُ أرضِ الرجل الذي وكله انما يكرى به مثلَها ، وذلك لِأنه لا ينبغي أَنْ يكون صاحبُ البذر مخيراً بين أن يُعطى بذراً ويأخذ زرعاً وبين أن يسلم الزرع .

قال : وفيه قولٌ آخر لو قال قائل يُنتَظَرُ بالزرع حتى يُحصد ويدرس فيستوفي الوَكيلُ منه بذره ، ويكون ما بقي لصاحب الأرض لأنه زَرَعَه له وباسمه ، ثم أفكر فأقول : فحصادُهُ ودرسُهُ وذروه على من يكون فيتفاحش ذلك ؟ فالقولُ ما قلتُ لك في أول ذلك إذا كان بَذَر بذراً مُخالفاً لما أمره، مثلُ أن يأمره أن يبذر قمحاً فيبذر شعيراً

او قطاني ، وإن كان الذي أخطأ به قمحاً مثل ما امره فالزرع له ويغرم مكان البذر لاصحابه ، وليس على الوكيل شيء .

قال محمد بن رشد : قولُ ابنِ القاسم في هذه المسألة إن الزرع للوكيل وعليه كراء الأرض لمُوكله، ومكيلةُ البذر لأصحابه ، ولا ينبغي أن يكون صاحب البذر ـ يريد المُوَكِّلَ الآمِرَ له بالبذر ـ مخيراً بين أن يُعطى بذراً ويأخذَ زرعاً وبين أن يسلم الزرع خلافُ ما مضى من قوله في نظير هذه المسألة في نوازل سحنون وتفرقته بين أن يكون البذرُ الذي بذر مخالفاً للذي أمره به أو غيرَ مخالف له استحسانٌ ، ووجهُهُ أنَّ البذر إذا كان مخالفاً لِما أمره به كان الذي يغلب على الظن أنه إنما زرعه لنفسه ، فلا ينبغي له أن يصدقه فيما زعم من أنه زرعه له على سبيل الغلط ، وإذا كان البذر غيرَ مخالفٍ له أشبه ما يقول من أنه زرعه له، فوجب عنده أن يأخذه ويُغرم مثلَ البذر لأصحابه، وقد مضى في نوازل سحنون من القول في نظير هذه المسألة ما فيه بيانٌ لهذه .

فيتحصل في هذه المسألة على هذا ثلاثةُ أقوال ، **أحدها** أنه يصدق ويأخذ الزرع ويؤدي البذر لأربابه **والثاني** انه لا يصدقه فيسلم إليه الزرع ويأخذه بكراء أرضه ، **والثالث** الفرق بين أن يكون البذرُ مخالفاً لما امره به أو غير مخالف وبالله التوفيق .

من نوازل أصبغ

وسئل أصبغُ عن رجل تكون أرضُهُ ملاصقةً بأرض جاره فيزرعها ثم يزعم أنه أخطأ وظن أنها أرضُهُ ؟ وكيف إن كان المكتري إكترى فدانَ أرْضٍ فلما جاء وقتُ الزريعة زرع ثم تبين له أنه أخطأ هل يعذَرُ ربُّ الأرض أو المكتري بالجهالة ويجعل عليه الكراء أمْ لاَ ؟ وكيف إن كانت له عرصة قريبة من عرصة صاحبه فبني في

عرصته وفي عرصة جاره ثم قال واللّه ما ظننت إلا أنها من حيث بنائي ؟ أو بَنَى في عرصة صاحبه أَصلاً ولم يبن في عرصته هل يعذر بالجهالة أمْ لا يعذر ؟ ولا يعرفُ خطأه إلَّا بقوله .

قال اصبغ : أَمَّا العرصةُ فلا كلام فيها وصاحبُها بالخيار بين أن يأخُذَهُ بقيمته نقضاً ولا يصدق قوله فيه على الخطأ فلا يكون له عذر ، وبين أن يأمره بقلع نقضِه .

وأما الفدان فإني أراه عذراً لِأنه يشبه الخطأ في الأحواز وفي الإزدراع إلى جنبه وإلى تشابُه الحدود ، فأرى الجهل على الخطأ حتى يُعرفَ أنَّه عمد ، فأرى أن يحلفَ لأَخْطَأَ وما تعمد ، ثم يُقدر زرعُهُ فيه كراء مثله ولا يُنتزع لإبَّانٍ زرع ولا غيره ، ويحمل محمل من إكترى فزرع ثم جاء صاحبُهُ فهي بشبهة وعذر فكذلك هذا أراه بشبهة وعذرٍ ولا يقلع حتى يبلغ زرعه ، قال سحنون هو عندي كالغصب ولا يعذر بجهل ، ولو كان يعذر في هذا أقلع وجاء فزرع فدان جاره ثم قال ظننت أنه فداني فأرى أن يسلك سبيل الغاصب .

قال محمد بن رشد : لا اختلاف في العِرَاصِ أنه لَا يُعذر الباني فيها بالجهل فيصدق فيما ادعاه من الغلط ، لِأن ذلك لا يُشبه في العِرَاصِ المعروفة بحدودها لكثرة التكرار عليها ، بخلاف الفدادين في الفحوص التي قد تُجْهَلُ احوازُهَا لاشتباهها مع قلة التكرار علها لبعدها فيعذر فيها بالجهل ، ويصدق فيما ادعاه من الغلط عند أصبغ ، وهو قول مالك ، رواه أشهب عنه في سماعه من كتاب الغصب .

وسحنون لا يعذره في الفدادين أيضاً بالجهل ولا يصدقه فيما ادعاه من الغلط ، ووجه قوله أَنَّ العَدَاءَ قد ظَهَرَ بحرثه ما ليس له ، فلا يصدق فيما ادعاه من الغلط ولا يعذر بذلك عنده إن كان يلزمه أَنْ يثبت حتى لا يحرث مالَ غيره ، فهو عنده كالغاصب فيكون الزرع عنده لصاحب الأرض ، وكذلك قال

الزرعُ لرب الأرض ولا شيء للزارع إلا أن يقدر على جميع حبه والا فلا شيء له ، وقال في موضع آخر إلاَّ أن يكونا لم يتحاكما ولم يُعلم بذلك حتى يجب الزَّرْعُ وفات إبَانُ الزراعة فيكون الزرع لزراعه وعليه كراءُ الأرض ، وقال في كتاب ابنه : وإذا زرع هذا أرضه قمحاً وحرث جاره في أرضه شعيراً فطار من بذر كل واحد منهما فنبت فإن ذلك لمن حصل في أرضه ولا شيء عليه لجاره ، ولو كان بين أرضِهِمَا جِسْر أو حصا فنبت فيه حب مما تطاير فذلك بينهما اختلفت زريعتُهُما في الجنس أو اتفقت ، لِأن ذلك الموضع من أرضهما وبالله التوفيق .

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر

قال : وسئل ابنُ القاسم عن رجلين اشتركا في أرضٍ يزرعانها بينهما فحرثاها فلما كان إبَّانُ الزرع غاب أَحَدُ الشريكين فلما خشيَ صاحبُهُ فواتَ الزرع أخرج من عنده بذراً فبذرها كلَّها ، فجاء صاحبُهُ بعد ذلك قال ابن القاسم : لا يكون له شِرْكٌ في الزرع ، وإنما يكون له مثلُ كراء تلك الأرض محروثةً ، ويكون الزرع للذي زرع ، قال : فقيل له : فإن كان قسم الأرض بين اثنين فأحضر لذلك رِجَالاً فزرع حصته وترك ما بقي ؟ قال : لا ينفعه ذلك ، ويكون للذي غاب كراءُ نصف ما زرع ولا ينفعه ذلك إلَّا أن يتعدّى السلطانَ فيكون هذا الذي يقسمها فيزرع حصتَه فهذا الذي لا يكون له شيء فيما زرع صاحبه .

قال محمد بن رشد : هذا من قول ابن القاسم مثلُ قوله في رسم إن امكنتني من سماع عيسى من كتاب الشركة ، وخلافٌ لقوله في سماع سحنون من هذا الكتاب ، وقد مضى الكلامُ هنالك على وجه الاختلاف في ذلك فلا معنى لاعادته وبالله التوفيق .

تم كتاب المزارعة بِجُهْدِ الله تعالى وحسن عونه



كتاب المغارسة

من سماع ابن القاسم من مالك
من كتاب الرطب باليابس

قال ابن القاسم : وسمعت مالكاً قال في رجل قاضي رجلاً على أن يغرس له نَخْلاً في أرض له على أنَّ لَهُ في كل نخلة تنبت جُعْلاً قد سماه وأن ينبت غرسُهُ فلا شيء له عليه[1] ، ولا يلزمه العمل في ذلك إن شا أن يتركه تركه فقال : لا أرى به بأساً إذا اشترطا للنخل قدراً يعرف ، أربع سعفات أو خمساً أو نحو ذلك .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال لأنه جُعْلٌ مَحْضٌ ، والمغارسةُ على الجعل جائزة ، لأنها تجوز على الجعل وعلى الإجارة وعلى جزءٍ من الأصل إذا بلغ الغَرْسُ حداً تجوز المغارسة اليه ، ولا اختلاف أحفظه في المذهب في إجازَةِ المغارسة على الجُعل لأن الجُعلَ أصلٌ في نفسه كالقراض والمساقاة لا تقاس على الإجارة ولا تقاس الإجارة عليه ، وإن أخذَ شبهاً منها ، والأصلُ في جوازه قولُ الله عز وجل ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾[1م] وقول النبي عليه السلام يوم حنين «من قتل قتيلاً فله سلبه»[2] وقوله يوم

---

(١) كذا بالأصل ولعل الصواب وإن لم ينبت غرسه فلا شيء له .

(١م) الآية ٧٢ من سورة يوسف .

(٢) رواه أحمد وأبو داود عن أنس كما في منتقى الأخبار ، ورجال إسناده رجال الصحيح ، وتمامه ، فقتل أبو طلحة عشرين رجلاً وأخذ أسلابهم .

بـدر من فعل كذا وكذا فله كذا وكذا ومن فعل كذا وكذا فله كذا وكذا[٣] وإن كان مالكٌ قد كَرِهَ ذلك فإنما كرهه لئلا تفسد نيات الناس في الجهاد لا أنَّه عنده حرامٌ وقوله عليه السلام لِلنَّفرِ من أصحابه الذين رَقَى أحدُهم سيدَ حَيٍّ من أحياء العرب مَرُّوا بهم من لَدْغَةٍ لدغ بها على قطيع من الغنم فَرَقَاهُ فكأنما أنشط من عِقال فسألوه عن ذلك : قد أَصَبْتُمْ إقْتَسِمُوا واضربوا لي معكم بسهم .

ولجوازه أربعةُ شروط متفق عليها ، وهي أن يكون الجعل مَعْلُوماً وألاَّ ينقد وألاَّ يضرب للعمل أجلٌ وأن لا يكون للجاعل فيه منفعةٌ إلاَّ بتمامـه ، وشرط خامس مختلفٌ فيه ، وهو أن يكون للجاعل فيه منفعةٌ إذا تمَّ ، وهذه الشرائط كلها موجودةٌ في المغارسة على الجُعْلِ فوجب أن يجوز ، وقد قال ابنُ دحون : مسائلُ المغارسة لا أصل لها وفيها غَرَرٌ وخطار ظاهر ، وقد أجازها مالكٌ وأصحابُه وللمُخالفين عليهم فيها تعلق قوي ، لأن أصحابَ مالك كلهم منعوا من الغرر والخطر في جميع مسائلهم وأجازوه في هذا وجعلوه من باب الجُعل ، ومن أصلهم أنْ لا يجوز الجُعل إلاَّ في اليسير ، وأجازُوه في هذا العمل الكثير ، وهو خطرٌ عظيم ، وليس قول ابن دحون بصحيح لأنهم إنما منعوا من الغرر الكثير في البيع لِنَهْيِ النبي عليه السلام عن بيع الغرر وعن الخطر والقِمَارِ في غير البيع لأنه مِنْ مَيْسِر الجاهلية ، وأما الجُعْلُ فقد جوزته السنة وأجازته الشريعةُ على ما فيه من الغرر على الشروط التي ذكرناها ، وليس من شروط صحته ما ذكره من أنه لا يجوز إلاَّ في اليسير ، وإن كان قد قاله عبد الوهاب وغيرُه ، بل يجوز في اليسر والكثير إذا لم يكن للجاعل فيه منفعةٌ إلاَّ بتمامه .

وإنما قال مالكٌ لا يجوز الجعلُ على بيع الثياب الكثيرة وإنما يجوز على بيع الثوب والثوبين من أجل أنَّ الثياب الكثيرة إذا أسلمها اليه ليبيعها له بالجعل

---

(٣) الحديث ذُكر بطوله في منتقى الأخبار عن ابن عباس في باب التسوية بين القوي والضعيف ومن قاتل ومن لم يقاتل من كتاب الجهاد والسير .

فلم يَبِعْهَا وصرفها اليه كان قد انتفع بحفظه لها وحوزه إياها مدةَ كونها بيده ، فهذه هي العلة في أَنْ لا يجوز الجُعل على بيعها لا كونُها كثيرة ، فقد يجوز الجُعل باتفاق على طلب العبد الآبق وحفرِ البئر وما أشبه ذلك ، وإن كان العملُ في ذلك كله كثيرٌ من أجل أنه إن لم يتم حفرُ البئر لم ينتفع الجاعل بما مضى فيها من عمل المجعول له ، وكذلك إن عُنِي المجعولُ له في طلب العبد الآبق إلى البلاد البعيدة فلم يجده لم يَكُنْ للجاعل في طلب المجعول له إياه منفعة ، فهذا هو الشرط في جواز الجعل لا ما ذكره وبالله التوفيق .

ومن كتاب طلق بن حبيب

وسئل مالكُ عن الأرضِ البيضاء يُعطيها الرجلُ للرجل على أن يغرس له أُصولاً فإذا بلغت الأُصول فهي بينهما نصفان نصف الأرض ونصف النخل ، قال : لا بأس بذلك أيضاً إذا اشترط للأصل قدراً معلوماً أن يقول حتى يثمر أو شيئاً معروفاً من قدرها ، فإذا اشترطا هذا فلا بأس به ، ولا خيرَ فيه في بقل ولا زرع .

قيل له فَبَصَلُ الزعفران يعطى على هذا النحو وهو يقيم تسع سنين ونحو ذلك ثم ينقطع ؟ قال : لا خير فيه إنَّمَا هو بمنزلة الثمرة وليس بمنزلة الأصل فلا ينبغي ذلك .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال إن مُغَارَسَةَ الرجل للرجل أرضه البيضاء على أن يغرسها أُصولاً بجزء منها جائزةٌ جَوَّزَهَا أهلُ العلم قياساً على ما جوزته السنة من المساقاة ، كما جَوَّزوا قياساً عليها بناء الرحى الخَرِبَةِ بجزء منها ، فهي سنة على حِيَالِهَا ليست بإجارة محضة ولا جُعْل محضٍ لأنها أَخَذَتْ بِشَبَهٍ منهما جميعاً ، أخذت بشبه من الإجارة في لزومها بالعقد ، وشبهٍ من الجُعل في أنَّ الغارس لا يجب له شيء إلَّا بثبوت الغرس وبلوغه الحد

المشترط ، فإن بطل قبل ذلك لم يكن له شيء ولا كان من حقه أن يعيده مرة أخرى .

واختُلف إن نبت منه يسيرٌ وبلغ الحدَّ وبطل سائرُ ذلك أو بطل منه يسيرٌ وثبت سائر ذلك ، فقيل إنَّ القليلَ تَبَعٌ للكثير وهو رواية حسين بن عاصم في بعض الروايات من هذا الكتاب ، وقيل إنَّ حقه يثبت في اليسير الذي بلغ ويبطل من اليسير الذي لم يبلغ ، وهو قولُ أشهب في سماع أصبغ ، وأما إن كان الذي ثبت أو بطل له قدر وبال فان كان الأقل فلا يكون تبعاً وَيَثْبُتُ حقه فيما ثبت ويبطل فيما بطل ، ولا يجوز إلَّا على شروط قد حَدَّهَا أهلُ العلم ، من ذلك أَنْ يكون الحد في قدر الشجر إلى ما دون الإطعام ، واختلف إن كان حدُّها الإطعام ، فأجازه في هذه الرواية وفي رسم الجواب بعد هذا وفي كتاب محمد بن المواز ، وله في موضع آخر منه أنَّ ذلك لا يجوز، لأنه لا يدري متى يثمر ، وكذلك اختلف أيضاً إن كان حدُّها إلى أجلٍ دون الإطعام ، فأجاز ذلك في أول سماع حسين بن عاصم ، ومنع منه في أَثْنَائِه بدليل ، وهو قولُ مالك في الواضحة .

وكذلك اختلف أيضاً إن سكتا عن الحد في ذلك ، ففي رسم الجواب من سماع عيسى أن ذلك لا يجوز، وقيل إنَّ ذلك جائزٌ قاله ابن حبيب وجعلَ حدَّه الإثمار .

وأمَا إن كان الحد أو الأجل إلى ما فوق الاطعام فلا يجوز باتفاق ، وكذلك إن اشترطا أن يكون الشجرُ أو الغلةُ بينهما دون الأصل لم يجز باتفاق .

ولا تجوز المغارسةُ في بقل ولا زرع ، وأما بصل الزعفران التي تقيم في الأرض أعواماً ثم تنقطع وما أشبهه فلم تجز المغارسة فيه في هذه الرواية ، وأجازها سحنون في كتاب ابنه ، قال : ومن دفع أرضه إلى رجل يزرعها قطناً على أنَّ للعامل نصف الأرض ونصف القطن فإن كان القطن يزرع في كل عام

ولم يكن له أصل ثابت فذلك فاسد ، وإن كان القُطْنُ يبقي السنين العدد وليس يُزرع في كل عام ، فهذا إنْ أجَّلاَ آجلاً دون الإطعام فإذا بلغاه كان القُطن يعني الشجرَ والأرض بينهما فذلك جائزٌ والله الموفق .

من سماع عيسى بن دِينار من كتاب استأذن سيدَه في تدبير جاريته

قال عيسى : وسألتُ ابنَ القاسم عن رجل أعطى أرضاً له بيضاء لرجل يغرسها شجراً على الثَّمَرِ بينهما بالسواء ، فغرس وأثمر واقتسما الثمرَة زماناً ثم علم بفسخ ما صنعا ، قال يَرُدُّ صاحبُ الأرض إلى العامل فيها ما أَخَذَ من الثمرة مثلَها إن كان يَجِدُ مثلَها وإلاَّ فقيمتَها ، ويكون له كراء أرضِهِ على العامل من حين أخذها منه ، وليس من حين أثمر الشجر ويقال لصاحب الأرض إن شئت فاغرم قيمةَ الغرس مقلوعاً وإن شئتَ فدعه يقلع غرسه .

قال محمد بن رشد : اختلف في المغارسة الفاسدة إذا لم يُجعل للعامل فيها جزءٌ من الأصل على قولين **أحدهما** أنه يحكم لها بحكم الكراء الفاسد ، لأنه كَأَنَّ الغارسَ اكترى منه الأرض إلى أمد غير معلوم بنصف الثمرة التي يغرسها ليبْقيها فيها ، وهو قوله في هذه الرواية ، فتكون الغلة على هذا للغارس يرد عليه رب الأرض ما أخذ منها: المكيلةَ إن عُرفت أَوْ خَرْصَهَا إن جُهِلَت ويقلع غرسها إلاَّ أنْ يشاء رب الأرض أن يأخذه بقيمته مقلوعاً، وقيل إنَّ له قيمتَه قائماً ، قاله يحيى في سماعه من كتاب السِّدَاد والأنهار في المعاملة الفاسدة في بناء الأَرْحَى ، ولا فرق بينهما ، ويكون عليه قيمةُ كراء الأرض قِبلَ من يومَ أخذها ، وهو قوله في هذه الرواية ، ومعناه عندي إن كان أخذها في وقت يمكنه وضع الغرس فيه ، لأنه إن كان أخذها قبل إبان يمكنه وضعُ الغرس

فيه فيها فالكراء إنما انعقد بينهما من يومَ يمكنه وضع الغرس فيه فيها إذ لا منفعة له في الأرض قبل ذلك ، وقبضه إياها للاقبض، وقيل من يوم وضع الغرس فيها وهو قوله في سماع يحيى بعد هذا ، ومعناه عندي من يوم يمكنه وضع الغرس فيها ، فليس رواية يحيى على هذا بمخالفة لرواية عيسى فتدبر ذلك تجده صحيحاً .

وقد كان الشيوخُ يحملون ذلك على أنه اختلاف من القول فلا يوجبون عليه الكراءَ في رواية يحيى إلَّا من يوم وضع الغرس في الأرض وإن كان أخذها وقد أمكنه وضع الغرس فيها ، وهو محتمل ، وأما إن كان أخذها قبل أن يمكنه وضع الغرس فيها فلا يصح أن يكون عليه الكراء من يومئذ ، وقيل من يوم أثمر النخلُ وهو قولُه في سماع أبي زيد وسماع حسين بن عاصم بعد هذا من هذا الكتاب .

وجهُ قوله في هذه الرواية ورواية يحيى أنه كراء فاسدٌ قد فات بانتفاع المكتري به فوجب أن تكون عليه قيمتُه من يوم قبضه ، وهو يوم يمكنه الانتفاع بما قبض.

ووجهُ رواية أبي زيد وحسين أنَّ الأمر لما لم ينعقد بينهما نصّاً على كراء فاسد ولا على أن يكون عليه كراءٌ أصلاً فَصَرَفْنَاهُ إلى حكم الكراء الفاسد لم يجعل عليه الكراءُ إلَّا من يوم انتفاعه بالأرض ، وهو يوم أثمرت النخل ، والقولُ الثاني يُحكم له بحكم الإجارة الفاسدة ، لأنَّه كَأَنَّ رب الأرض استأجر الغارسَ على أن يغرس له هذه الأرض بنصف ثمرتها فيكون الحكمُ في ذلك أن يكون للغارس على رب الأرضَ قيمةُ غرسه يوم وضعه في الأرض مقلوعاً وأُجرة مثله في غرسه وقيامه عليه ، وتكون الغلةُ كلها لرب الأرض يرد عليه الغارسُ ما أخذَ منها : المكيلةَ إن عُرفت أو خَرْصَهَا إن جهلت .

وهذا الاختلاف مبني على ما غرسه الغارسُ من الغرس هل هو على

ملكه أو على ملك رب الأرض ، فمن علل بأنَّ الغرس على ملك الغارس جعله كراءً فاسداً ، ومن علل بأن الغرس على ملك رب الأرض جعله إجارةً فاسدة وبالله التوفيق .

ومن كتاب يوصي لمكاتبه

وسئل عن الرجل يعطي أرضَه رجلاً يغرس فيها شجراً على أنها إذا بلغت قدر كذا وكذا من قدرٍ يسمونه فالأصلُ والشجرُ بينهما ، فتطعم تلك الشجرُ قبلَ أن يبلغ ذلك القدر .

قال ابنُ القاسم : لا يصلح أَنْ يتَعَامَلَ على مثل هذا ولا يصلح العمل فيها إلَّا على تسميةِ قدرٍ يكون قبلَ الإطعام أو إلى الإطعام وأما أن يشترط للشجر من الطول والقدرِ ما لا يبلغه إلَّا بعد اطعام الشجر فإن ذلك لا يصلح .

قلت : أرأيت إن وقع على هذا كيف العمل فيه ؟ قال : وتكون الثمرةُ لصاحب الأرض ويعطي العامل أجر مثله فيما عمل ، وليس له في الأرضِ قليلٌ ولا كثير .

قال محمد بن رشد : قوله إنَّ المغارسة إلى حد من الأصول يثمر الشجر دونه لا يجوز بينٌ ، لأنه يدخله بيع الثمر قبل أَنْ تخلق ، لأنه بَاعَ منه نصفَ الأرض بغرسه النصفَ الآخر وبما يغتل من جميع الغرس الى أن يبلغ الحدَّ الذي شرطاه ، وقد مضى في رسم طلق من سماع ابن القاسم تحصيلُ القول فيما يجوز من الأجل في ذلك مما لا يجوز ، ومضى في الرسم الذي قبل هذا من هذا السماع القولُ في حكم المغارسة الفاسدة اذا وقعت دون أن يكون للعامل من الأرض شيء ، فلا معنى لإعادة شيء من ذلك .

ونتكلم ها هنا على حكمها إذا وقعت فاسدة مع أنَّه قد جُعِلَ للغارسِ فيها جزءٌ من الأرض كنحو هذه المسألة،فالذي يتحصل فيها لابن القاسم ثلاثة أقوال .

أحدها أَنَّ العامل يُرَدُّ الى إجارة مثله في الجميع ، ولا يكون له في الأرض شيء ، فيُعطي قيمةَ غرسه يوم وضعه في الأرض ، وأُجرةَ مثله في غرسه وقيامه عليه إلى يوم الحكم ، ويرد الى رب الأرض ما أَكَلَ من الثمرة : مكيلتَها إن عُلمت أو قيمةَ خرصها إن جهلت ، هذا معنى قوله في هذه الرواية وإن كان لم ينص عليها فيها ، وهو مذهب سحنون ، وهذا القول يأتي على تعليل مَنْ عَلَّلَ أَنَّ الغرس في المغارسة الفاسدة كيفما وقعت على ملك رب الأرض .

والقول الثاني أنه بيعٌ فاسد في نصف الأرض قد فات بالغرس ، فيكون على الغارس فيه لرب الأرض قيمتُه يوم غرسه ، وإجارة فاسدة في النصف الثاني ، فيكون فيه على رب الأرض للغارس قيمته مقلوعاً يوم وضعه في الأرض وأجرةُ مثله في غرسه وقيامه عليه إلى يوم الحكم ، وقيل إنه يكون عليه للغارس نصفُ قيمة الغرس قائماً يوم الحكم فيه من أجلِ سقيه وعلاجه وهي رواية عيسى عن ابن القاسم بعد هذا في رسم الجواب ، وقيل إنه يكون عليه للغارس قيمة نصف غرسه يوم بلغ وتم ، وأُجرته من يومئذ في قيامه عليه إلى يوم الحكم ، وهو قول ابن حبيب في الواضحة ، ويتحاسبان في ذلك فمن كان له الفضل بينهما على صاحبه رجع به عليه ، والغلةُ بينهما في جميع ذلك على ما اشترطاه ، والصحيحُ من ذلك ما بدأنا به من أنه يكون عليه نصف قيمة الغرس مقلوعاً يوم وضعه في الأرض وأُجرةُ مثله في غرسه وقيامه عليه إلى يوم الحكم ، فالغرسُ على قياس هذا القول نصفُه على ملك الغارس ونصفه على ملك رب الأرض .

والقول الثالث أنه بيع فاسدٌ أيضاً في نصف الأرض قد فات بالغرس

فيكون على الغارس فيه قيمة يوم فوته بالغرس ، وتكون في النصف الثاني كراءً فاسداً ، فيكون على الغارس فيه لرب الأرض كراءُ مثله يوم أخذها ، أو يوم وضع الغرس فيها ، أو يوم أثمرت ، على الاختلاف الذي قد ذكرناه في رسم اسْتَأْذَن ، وبينا فيه معناه ، ويقلعُ الغارسُ غرسه من النصف الذي لرب الأرض بعد أن تُقسم إلاَّ أن يشاء ربُّ الأرض أن يأخذه بقيمته مقلوعاً أو بقيمته قائماً على قول يحيى ابن يحيى المتقدم في رسم استأذن ، وهو مذهب مالك في رواية المدنيين عنه ، ويكون على هذا القول الغلةُ كلها للعامل يرد عليه رب الأرض ما أخذ منها ، المكيلةَ إن عُرفت أو خرصها إن جُهلت ، وهذا هو قول ابن القاسم في رواية حسين عنه ، وهو يأتي على أنَّ الغرس على ملك الغارس ، وهو أظهرُ من القول الثاني ، لأن اجتماعَ البيعِ والكراء في هذه السلعة أولى من اجتماع البيع والإجارة فيها ، لأنهما يصيران كأنهما قد تَمَّمَا الفساد بينهما وبالله التوفيق .

ومن كتاب الجواب

وسألته عن رجل أعطى أرضه رجلاً يغرسها على النصف ، فاغترسها الرجلُ وأَكَل الثمرةَ نحواً من أربع سنين أو خمسِ سنين ، وأن صاحبَ الأرض باع نصفَه ذلك من الغارس أو غيره ، ثم أراد البائعُ صاحبُ الأرض بعد ذلك أن يرجع في النصف الذي في يد الغارس الذي عمر به في الأرض وغَرَسَه عليه .

قال ابنُ القاسم : ليس له أن يرجع فيه ، لأن أحدَهما كان حلالاً حين أعطاه الأرض يغرسها له وله نصفها إذا كانا سَمَّيَا للغرس شباباً أو قدراً معلوماً ، فإن لم يكونا سميا ذلك ولا حَدَّاهُ كان كبيع فاسد ، لأنه بَاعَهُ نصفَ الأرض على أن يغرس له النصفَ الثاني ،

فلما لم يسميا ولا حداه فقد باعه إياه بشيء لا يدريان ما هو ، فهو بيع فاسد وقد فاتت الأرضُ كلُّها بالغرس ، والغرسُ فوت ، فيقوم على الغارس النصفُ الذي صار له يوم قبضه ، لأنه قد فات في يديه ، والغراس فوت ، ويكون للغارس على صاحب الأرض نصفُ قيمةِ الغرس لأن له نصفَ الأرضِ ونصف الغرس لِأن الغارسَ هو الذي غرسه له في نصف الأرض ، ويقوم الغراس قائماً على حاله يوم يحكم فيه لأن له سقياً وعِلَاجاً ، وبالسقي بلغ وتم .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى تحصيلُ القول فيها في الرسم الذي قبل هذا فلا وجه لإعادته .

ومن كتاب العتق

قال عيسى : قلت لابن القاسم أرأيت لو قال له أستأجِرُكَ على أن تغرس في أرضي هذه كذا وكذا نخلةً فإن خرجت ونبتت فهي بيني وبينك .

قال : لا بأس به إنما هو جُعْلٌ وليس بإجارة ، ولو شاء أنْ يذهبَ ذهب ، ولو غرسها ثم ماتت لم يكن له شيء حتى تنبت ، ولو لم يكن جُعْلاً ما جاز لأنه شَرَطَ عليه شيئاً لا يدري أيتم أم لا يتم ؟ ولعله أن يعملَ فيه ويبطل ولا يستطيع أَنْ يَخْرُجَ عنه فيكثر تعبُه ويطول عَنَاؤه ، ثم لا يخرج النخلُ فيكون قد ذهب عمله فيه بغير شيء أخذه ، ولكنه لو استأجره على أَنْ يغرس له في حائطه هذا كذا وكذا نخله بنصف أرضه هذه لم يكن بذلك بأس ، وكانت إجارةً ولم يكن له أن يَخْرُجَ حتى يفرغ من غراسه ، فإذا غرسها وَغَيَّبَهَا في الأرض

ثَبَتَتْ له أُجرته لا يبالي نَبَتَتْ أو عطِبت ، ولو كان لا يثبتُ له أجرٌ حتى تخرج وتنبت ولا يستطيع هو أن يخرج كَانَ قد منعه هو من منفعة نفسه بما لا يدري أيتم أم لا يتم ؟ ولعله لا ينبت إلاَّ بعد سنتين أو ثلاثاً ، ولعلها لا تنبت أبداً فيكون قد ذهب عناؤُه باطلاً ، فلا خيرَ فيه إلاَّ على ما فسرتُ لك .

قال محمد بن رشد : قوله أَستأجِرُكَ على أنْ تغرس في أرضي هذه كذا وكذا نخلة فإن خرجت ونبتت فهي بيني وبينك ، معناه وَمَا نبت منها فهو أيضاً بيني وبينك بموضعه من الأرض ، إذْ لا يصح أَنْ يجوز الجعل إلا على هذا ، لِأن من شرط جوازه أنْ لا يكون للجاعل فيه منفعةٌ إلاّ بتمامه ، لِأنَّا لو حملنا المسألة على ظاهرها من أَنَّ المجعولَ له لا يجب له شيء إلاّ بِأن يخرج النخل كلها وتنبت لوجب إذا لم تنبت كلها ونبت بعضُها أَن لا يكون للغارس فيما نبت حق ، ويكون لرب الأرض الجاعل ، وذلك ما لا يجوز باتفاق ، أَلاَ ترى أنه لا يجوز الجعل على خدمة شهرٍ ولا خياطةِ ثوب من أجلِ أنه إن خدم بعضَ الشهر أو خاط بعض الثوب ثم ترك الخياطة أو الخدمة لم يجب له حق فيما خدم ولا فيما خاط فأخذ الجاعل باطلاً ، وذلك باطلٌ لا يجوز ، ولم يلتفت إلى لفظِ الإجارة في قوله استأجرك لما شرطاً فيها العملَ على حكم الجعل ، وهذا قولُه في المدونة إنه إنما ينظر إلى الفعل لا إلى اللفظ .

وقولُه في هذه المسألة إن المغارسة في الأرض على خدمتها لا تجوز إلاّ على وجه الجعل بأن لا يلزم المغارس التمادي على العمل ويكون له أن يخرج ويتركه متى ما أراد خلافُ المشهور من أَنَّ المغارسة في الأرض على جزء منها جائزةٌ على أَنها لهما جميعاً لازمة وإن كان لا يحملها الناس قياساً على المساقاة ، وهذا أظهر ، وإن كان فيه اعتراضٌ لِأن من شرط صحةِ المجاعلةِ أن يكون الجعل فيها معلوماً ، والجعل في هذه المغارسة غير معلوم ، لأنه الجزء الذي شرط له من الأرض بعد غرسها كيف يكون الغرس ، فالمغارسةُ على

هذه الرواية لا تجوز إلا على وجهين أحدهما الإجارة على وجهها من لزومها لهما جميعاً ، والثاني الجعل على وجهه من أن لا يلزم المجعول له العمل وإن كان فيه من الاعتراض ما ذكرناه وهو الجعل بالجعل إذا كان على الجزء من الأرض بعد غرسه ، إذْ لا يدري كيف يكون الغرس ، فهذا كله بين ، والله الموفق .

مسألــة

قلت : أرأيت لو قال له اغرس لي في أرضي هذه نخلاً ولم يسم عددها أو رُمَّاناً أو أصلاً من الأصول معيناً على وجه الجعل أو على وجه الإجارة قال : لا بأس بهما جميعاً .

قلت له : أَلَا تَرَى أنه لا يدري كم يغرس له فيها أيقِلُّ الغرس أم يكثر ؟ قال : بل ذلك عند الناس معروفُ غُرُوس الأصول كلها لها قدرٌ عند أهل المعرفة بها يغرسونها عليه أن يرد الغارس غرسه منع من ذلك وعلم أنه أراد الضررَ ، وإن قارب بينهما علم أَنّه أراد تلافها أو هلاكها ، فمعرفةُ ذلك ثابتةٌ عند الناس معروفة قيل لك أجرته .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه أحفظه ، لأن العرفَ المعلوم في العمل يغني عن وصفه ، بدليل قوله تعالى : ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَن تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ ﴾[٤] فسمى الإجارة وَضَرَبَ الأجل ولم يصف الخدمة والعمل لاستغنائهما عن ذلك بالعُرف والعادة وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « من استأجر أجيراً فليعلمه أجره » وقال « من استأجر أجيراً فليؤاجره بأجر معلوم إلى أجل معلوم » فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتسمية الأُجرة وضرب الأجل ، وسكت عن وصف العمل إذ قد يستغنى عن ذلك بالعُرف والعادة الذين يقومان مقامه .

---

(٤) الآية ٢٧ من سورة القصص .

ومن كتاب الصبرة
من سماع يحيى من ابن القاسم

قال يحيى : وسألت ابن القاسم عن الرجل يعطي الرجل أرضه البيضاء على أَنْ يغرسها شجراً وتكون الثمرة بينهما يقتسمانها عند كل جناء أَوْ يُعَامله فيها على ما لا يصلح مما أشبه هذا ، فيعملها العاملُ ويثمر الشجرة ويقتسمان الثمرة زماناً على شرطهما.

فقال : اخطَئا وجهَ الصواب في تعاملهما الذي جاءت به السنة ، وذلك أن يكون للعامل نصفُ الأرض بما فيها من الغرس إذا تَمَّ نصفُها أو ثلثُها أو جزءٌ من أجزائها على ما يقع به الشرط بينهما من هذا الوجه ، فإذا تركا هذا وتعاملا بما لا يصلح منها ، فلصاحب الأرض على العامل كراؤُها لما مضى من السنين من يوم وضع فيها الغرس إلى يوم ينظر في أمرهما، يقوم له كراؤُها نقداً على قدر ما يرى من رغبة الناس فيها عاماً بعام ، ثم يدفع ذلك إليه ، ويكونُ على صاحب الأرض أن يغرم للعامل مَكِيلَةَ ما أَكَلَ من الثمر إن كان أَخَذَهُ يابساً ، وإن كان أخذه رطباً غرم قيمته على خرصه ، ثم يقال للعامل إقلع غرسك واصنع به ما بدا لك شرط أن لا يرضي صاحب الأرض أن يعطيه قيمة الشجر مقلوعاً ويكون أحق بها لأن قلعها فساد لا منفعة فيه للعامل ، قلت : ولم لا يجعل الشجر لرب الأرض ويغرم العامل ما أكل من الثمرة ويعطيه أجر ما عمل في قيامه بالسقي والعلاج كله ويكون صاحبُ الأرض أولى بثمرة شجرِ أرضه ؟ فقال : لأني سمعت مالكاً يقول إذا تعامل المتنازعان على ما لا يحل كان

الزرعُ لصاحب الحب ، ولم يكن لصاحب الأرض إلّا كراءُ أرضه ، والشجرُ والزرعُ عندنا سواء ، ثمرةُ الشجرة للذي غرسها صلة من عنده ، كما أنَّ الزرع لصاحب البذر إذا تولى عمله كما تولى صاحبُ الشجر غرسَه .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى تحصيلُ القولِ فيها في رسم استأذن من سماع عيسى فلا وجه لإعادته ، وما حكى عن مالك من أن الزرع في المزارعة الفاسدة لصاحب البذر إذا تَوَلَّى عمله ، هو مذهب ابن القاسم في المدونة على ما تأَوَّلَ عليه أبو إسحاق التونسي من أَنَّ الزرع في المزارعة الفاسدة لمن اجتمع له شيئان من ثلاثة أصول ، وهي الأرض والعمل والبذر ، وفي ذلك اختلافٌ كثير قد ذكرتُه في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب المزارعة فَأَغنى ذلك عن إعادته ها هنا وبالله التوفيق .

من سماع أصبغ من ابن القاسم من كتابه الأقضية والأحباس

قال أصبغُ : وسمعت أشهبَ وسئل عمن يدفع أرضَه إلى رجل يغرسها نخلاً وسمى له سعفات معلومة وقدراً معلوماً على أن الأرض والشجرَ بينهما فيغرسها فتموت كلها إلا ثلاث نخلات .

قال : ما نبتت فهو بينهما ، وبقيةُ الأرض لِرَبِّهَا ، قال أصبغ : وهو قولُ ابنِ القاسم فيما أعلمُ ، وهو رأيـي .

قال محمد بن رشد : لا فرق على هذا بين أَنْ يكونَ الذي نبت هو الأقل أو القليل أو الأكثر أو الكثيرُ يكون لِلمُغَارِسِ حقُّه فيما نبت على كل حال ، ويبطل فيما بطل ولم ينبت على كل حال ، وفي سماع حسين بن عاصم

عن ابنِ القاسم أنَّ القليلَ تَبَعٌ للكثيرِ إلّا أن يكون الذي نبت أو بطل له قدرٌ وبالٌ وإن كان الأقلَّ فلا يكون تبعاً ويثبتُ حقه فيما نبت ويبطل فيما بطل ، وهو قولُ سحنون ، وهو الذي يأتي على المشهور من أنَّ المغارسةَ على جزء من الأجزاء جائزةٌ على أنها لهما جائزة ، والقولُ الأول يأتي على القول بأن المغارسة في الأرض على جزء منها لا تجوز إلّا على وجه الجُعلِ الذي لا يلزم المجعولَ له فيه العملُ وبالله التوفيق .

ومن نوازل سئل عنها أصبغ بن الفرج

وسئل عن رجل أعطى رجلاً أرضاً له ليغرسها بينهما فلما غرس بعضَها أو جُلها إلّا أنه لم يُتمَّ العملَ إلى الشرط الذي جَعَلَاهُ بينهما عجز الغارسُ أو غاب فأدخل صاحبُ الأرضِ آخر في الغرس فعمله وقامِ به أو عمله صاحب الأرض بنفسه وتَمَّ ما بَقي منه ، ثم قدِمَ الأولُ فطلب حقَّه مما كان غرس فما ترى له إذا كان غائباً أو حاضراً ؟ قال أصبغ : إن كان غائباً أو حاضراً حضوراً لم يُسَلِّمْ في مثله ولم يَرْضَ فيما يُرَى ولم يُقْطَعْ عليه برؤ يةِ التسليم أو الرضى أو الخروج منه على حقه ويُعْطِي الذي كفاه ما كفاه به أو أتَمّه يأتيه به ما لم يُسْرِفْ عليه بما يعمل مثلُه فَيُرَد إلى الحق وإلى ما لـو كان هو العامل لزمه مثلُه ولحقه .

قال محمد بن رشد : معنى هذه المسألة أنَّه أعطاه الأرضَ يغرسها على أنها إذا بلغت قدراً معلوماً كان له جزء منها فعجز بعدما عمل وغرس بعضَ الغرس ، فأدخل ربُّ الأرض مكانَه من يُتم عمله بأُجرة استأجَره عليها أو عمِلَ هو ذلك بنفسه ، فقال : إنه إذا لم يَظْهَر تركُه بما دخل فيه فهو على شرطه ، ولمن أَتَمَّ العملَ أجرتُه على الذي عجز ما لم يكن سَرَفاً فإن أَسْرَفَ ربُّ الأرض

فيما استأجر به رُدَّ إلى الحق ، وقولُ أصبغ فيها عندي خلافٌ لقول ابن القاسم في أولِ مسألة من سماع يحيى من كتاب البضائع والوكالات في الخصام ، ولقولِ ابنِ القاسم وسحنون في مسألة كتاب الجُعل والإجارة في الرجل يستأجر الرجلين لِحفر بئر فيمرض أحدُهما ويحفرها الآخرُ إن الحافرَ متطوع ، قال ابنُ القاسم لصاحبه وقال سحنون لصاحب البئر لِأن ابن القاسم حَمَلَ الإجارة على أنها مضمونة على كل واحد منهما ، وحملها سحنون على أنها معينة فانفسحت بالمرض ، ولم يفرق أحدٌ منهم في شيء من ذلك بين أن يكون لصاحب الأرض أو البئر أو الشريك عبيدٌ أو أُجراء لا يحتاج من أجلهم على الإستئجار على ما عمل له ، كما فرق في ذلك في سماع أبي زيد من كتاب الجعل والإجارة ، فقيل روايةُ أبي زيد مفسرة للقولين ، وقيل إنها قول ثَالثٌ في المسألة وهو الأَظهر والله أعلم ، ولو لم يطلب الأول حقه وانتبذ منه فقال لا حاجةَ لي به ، وطلبَ الذي كفاه ما كفاه به وأتمه لتخرج ذلك على الاختلاف في المغارسة على جزء من الأرض هل هي لازمة لهما قياساً على المساقاة أو لا تلزم المغارس منهما قياساً على الجعل وحملاً عليه ، وقد مضى ذكرُ الاختلاف في رسم العتق من سماع عيسى .

ولو عجز قبل أن يفوت المغارسة في الأرض مُغَارِسُ رب الأرض فيها غيره لكان الأول على حقه ، ويؤدي قيمة عمَل الثاني للثاني أو لرب الأرض إن لم يُرِدْ الثاني أَنْ يرجع على رب الأرض وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل أَصبغُ عن رجل أعطى رجلاً أرضاً على أَنْ يضرب حولها جداراً أو يحفر حَوْلَهَا سياجاً أو يزرب حولها ويغرسها ، فإذا بلغ الغرسُ كذا وكذا لِأَجَلٍ حَدَّدَاهُ بينهما فله النصفُ من جميع الغرس والجدار والسياج والزرب والأرض فإنه لا يتم في موضعه ذلك إلاّ أن

يسدوا حوله من كثرة المواشي واختلافِ الناس والمضيق في موضعهم ذلك ، وكيف إن كانت الأرضُ في موضعٍ لا يُخافُ على الغرس فيه فسادُ ما ذكرتُ لك وأشترط عليه السداد ؟

قال أصبغ : إن كانت مؤونةً يسيرةً فهو جائز ، وإن كانت مؤونة السياج والحائط والزرب يَعْظُمُ ويكثر فلا خير فيه ، وهو زيادةٌ في المُجَاعَلَةِ وهو غَرَرٌ أيضاً لعله لا يتم من الغراس شيء فترجع الأرضُ بحيطانها وسياجاتها إلى ربها فيكونان قد تخاطرا ، ويكفيك أن يحمل هذا على ما تُحْمَلُ على المساقاة من سد الحظار وسد الشرب وما لا تعظم مؤنته ولا تكثر نفقتُه فيجوز كذلك قال مالك فيما قد علمت ، وإلّا لم يَجُزْ .

قال محمد بن رشد : قوله إنه لا يجوز لرب الأرض أن يشترط على المغارس إلّا القدرَ اليسير الذي يجوز لرب الحائط أن يشترطه على المساقي في المساقاة صحيحٌ ، لِأن المغارسة على جزء من الأرض مقيسة عليها حسبما قد ذكرناه في رسم طلق من سماع ابن القاسم ، وهي على القول الثاني مقيسة على الجُعل فلا يجوز أيضاً اشتراط الزيادة الكثيرة فيه إذ لا يجوز ذلك في الجُعل لأنه متى أُحِيل عن سُنَّتِهِ باشتراط الزيادةِ فيه من أحدهما خرج عن أصله وعاد إلى الإجارة الفاسدة ، وقد أجازَ ابنُ القاسم في سماع حسين بعد هذا أن يشترط ربُّ الأرض على العامل عملَ نصيبه سنين مُسَمَّاةً بعد المقاسمة ، وأنكر ذلك سحنون، فقوله في إنكاره صحيحٌ على قياس قول أصبغ هذا ، ولأصبغ في الواضحة مثلُ قولِ ابن القاسم هذا في سماع حسين ، وزاد قال : وذلك أنه إذا غارسه على حد معروفٍ واشترط أن يقوم له بحصته إِلَى أجلٍ من السنين قد تمت المجاعلة بينهما وصار لكل واحد نصفُه يصنع فيه ما شاء ، وصار لصاحب الأرض على الغارس عملٌ وخدمةٌ إلى أجلٍ معروف في نصفه الذي صار له ، فجاز ذلك ، واعترضَ عليه الفضلُ قولَه قد تمت المجاعلةُ

بينهما ، وقال : أرأيت إن أبطل الغرس من قبلِ أن يبلغَ النباتَ الذي تعاملا عليه وأبى الغارسُ أن يعيد غرسَه أَتَتِمُّ المغارسة بينهما ؟ واعتراضُه صحيح والله الموفق .

ومن كتاب النسمة

وسئل عن رجل أعطى رجلاً أرضاً يغرسها شجراً على أَنَّ الشجر بينهما نصفان فلما غَرَسَ وأطعمَ الغرسُ أرادَ صاحبُ الأرض إخراجه حيث عمل ما عملا عليه ، هل للغارس من إجارة عمله يوم يخرج ، أو قيمةُ غرسه ؟ قال : أرى له غُرْمُ قيمةِ غرسه الذي جاء به على صاحب الأرض ، وإجازتُهُ فيما عَمِلَ وَسَقَى وأصلح ، ويُقيم له ذلك أهلُ البصر ، ويأخذ إجارته تامةً إن كان أَقَامَ في ذلك سنةً أو سنتين أو اقلّ أو أكثرَ ، ويكون له مع ذلك قيمةُ الغرس الذي غَرَسَ في أرضِ هذا .

قال محمد بن رشد : قولُهُ على أنَّ الشجر بينهما نصفان يريد الشجرَ دونَ الأرض ، ولذلك حكم لها بحكم المغارسة الفاسدة ، فيردهما فيها إلى حكم الإجارة ، وقد مضى الاختلافُ في ذلك في رسم استأذن من سماع عيسى فلا معنى لإعادته .

من سماع أبي زيد بنِ أبي الغمر من ابن القاسم

قال ابو زيد : قال ابن القاسم : في رجل دفع أرضَه إلى رجل على أن يغرسها نخلاً حتى إِذَا أثمرَتْ كانت النخلُ والأرضُ بينهما قال : لا بأس به .

قال محمد بن رشد : هذا مثلُ ما مضى في رسم طلق من سماع ابن القاسم ان المغارسة إلى الإطعام جائزةٌ ، ومثلُهُ يأتي في رسم حسين بن عاصم ، وهو قولُ ابنِ حبيب في الواضحة واحدُ قولي ابن المواز في كتابه ، وله فيه قولٌ آخر أَن ذلك لا يجوز لِأنه لا يدري متى يثمر ؟ إذ قد يعجل ذلك وقد يؤخرُ ، وباللّه التوفيق.

مسألـــة

قال : أرأيت لو دفعها اليه مبهماً ، فادعى أحدُهُما الحلالَ والآخرُ الحرامَ ؟ قال : يُنظر إلى عمل أهل ذلك البلدِ ، فإن كان الغالب عليهم الحرام سلك بهم سبيل الحرام ، إن كانت الثمرةُ لم تثمر اعطى العامل النخلَ مقلوعاً إلَّا أن يشاء صاحبُ الأرض أن يعطيه قيمتها مقلوعاً ولا شيء له في عمله ولا سقيه ، وإن كانت أثمرت كانت الثمرةُ للعامل وكان لصاحب الأرضِ كراءُ أرضه يوم أثمرت النخيل ، فإن كان عملُ أهلِ ذلك البلد الحلالُ سلك بهم سبيل الحلال ، وإن كان أهلُ تلك البلدةِ يعملون بالحلال والحرام وهذا يدعي حراماً وهذا يدعي حلالاً حلفا ويُفْسَخُ الأمرُ بينهما .

قال محمد بن رشد : تكلم في اول هذه المسألة على الفوات وفي آخرها على القيام ، وبنى قولَه في ذلك كلِّه على أنه لا مزية لمدعي الحلال في دعواه على مدعي الحرام إلَّا أن يشهد له العرف بمنزلة مدعي الحرام ، فقال في أول المسألة في الفوات إنه إن كان الغالبُ في البلد الحرام يُسْلَكُ بهم سبيلُ الحرام يريد بعد يمين مدعي الحرام على ما يشهد له به العرف من الحرام فيُعطى النخل مقلوعةً إلَّا أن يشاء رب الأرض أن يأخذها بقيمتها مقلوعةً ولا كراء على العامل في الأرض إذا لم يثمر النخلُ إذ لم ينتفع بها وأما إن أثمرت فعليه الكراءُ ، قال في هذه الرواية من يوم أثمرت ، وقد مضى ذكرُ

الاختلاف في ذلك وتوجيهُهُ في رسم استأذن من سماع عيسى ، وقال إنه إن كان عملُ أهل البلدة الحلالُ سُلِكَ بهم سبيلُ الحلال يريد أنه يكون القول قول مدعي الحلال مع يمينه على ما يدعيه من الحلال لشهادة العرف له بذلك ، ولو لم يشهد العرفُ لِوَاحِدٍ منهما او شهد لهما لَوَجَبَ على قياس هذه الرواية أن يكون قول من يدعي عليه منهما أكثرُ مما يجب عليه على ما يقر به من الحرام والحلال .

وقال في آخر المسألة في الفوات وإن كان أهلُ البلد يتعاملون بالحلال والحرام حلفا وفُسِخَ الأمر بينهما ، وتحصيل القول في اختلافهما في الحلال والحرام ان اختلافهما ي ذلك لَا يَخْلُو من أن يكون قبل الفوات أو بعد الفوات ، فإن كان قبل الفوات فعلى القول بأنه لا يراعي دعوى الإشباه مع القيام ، يتحالفان ويتفاسخان ، هذا نص قولهم ، والذي يُوجبه النظرُ أن يحلف مدعى الحرام وينفسخ البيع ، وإن نَكَلَ عن اليمين حلف مدعي الحلال وثبت البيعُ إذ لا معنى لحلف مدعي الصحة إلا بعد نكول مدعي الفساد ، لِأنه إذا حلف انتقَضَ البيعُ على كل حال حلف مدعي الصحة أو نكل عن اليمين ، فلا معنى ليمينه إلاّ إذا نكل مدعي الفساد .

وأما على القول بانه يراعي دعوى الإشباه مع القيام فيكون على هذه الرواية التي لم ير فيها لمدعي الحلال مزيةً في دعواه على مدعي الحرام القولُ قولَ من من يشهد له العرفُ منهما دون صاحبه ، فإن شهد العرفُ لهما أو لم يشهد لواحد منهما حلفا وفُسِخَ الأمرُ بينهما ، هذا نص قوله .

وقد مضى أَنَّ الذي يوجبه النظر أن يبدأ بيمين مدعي الحرام ، إذ لا معنى ليمين مدعي الصحة إلاّ إذا نكل مدعي الفساد ، وأما على المشهور في المذهب مِنْ أَنَّ لمدعي الحلال مزيةً في دعواه على مدعي الحرام فيكون القولُ قولَ من يدعي الحلال منهما إلاّ أن يشهد العرفُ لمدعي الحرام دونه .

وأما إن كان اختلافُهُما في ذلك بعد الفوات فلا اختلاف في مراعاة

دعوى الإشباه في ذلك ، فيكون على المشهور في المذهب من أنَّ لمدعي الحلال مزية في دعواه على من يدعي الحرام ، القولُ قولَ من يدعي الصحة إلَّا أن يشهد العُرف لمدعي الفساد دونه ، ويكون على رواية أبي زيد الذي لم يَرَ فيها لمدعي الحلالِ مزيةً في دعواه على مدعي الحرام القولُ قولَ من شهد له العرفُ منهما دون صاحبه، فإن شهد العرف لهما أو لم يشهد لواحد منهما كان القولُ قولَ من يدعي منهما أكثر مما يلزمه على ما يدعي من الحرام أو الحلال وبالله التوفيق .

ومن سماع حسين بنِ عاصم من ابن القاسم

قال حسين : قلت لابن القاسم أرأيت الرجل يدفع أرضه إلى الرجل ليغرسها أُصولاً معروفةً على أنَّ الشجر والأرض بينهما بنصفين ؟ قال : قال مالك: لا بأس بذلك إذا سميا للشجر قدراً معلوماً أو شباباً معروفاً ينتهي اليه . قال : قلت لابن القاسم ما هذا الشباب الذي وصفه مالكُ لكم ؟ قال : حَدُّ الشجر في ارتفاعها حتى تكون تزيد قدراً معلوماً كالقامة والبسطة[٥] ونصف القامة وما أشبه ذلك في سعفات تُلْقِيهَا الشَّجَرُ معروفة أيضاً ، قال : فقلت له أيجوز هذا إذا كانت الشجرةُ تثمر قبل بلوغها لهذا الشباب والقدر الذي وصفت لك ؟ . قال : لا يجوز ذلك وتفسخ معاملتُهُما .

قلت له : لِمَ فسختَ ذلك بينهما ؟ قال من قِبَلِ أن العامل تكون له الثمرة التي تثمر تلك النخل إلى أن تبلغَ الشبابَ والقدرَ الذي سمياه بينهما ثم يكون نصفُ تلك الشجر بأرضها للعامل مع

(٥) البسطة : التوسع .

الثمرة كلها التي كانت قبل ذلك ، فصار أجيراً بثمرة لم يبد صلاحها وبنصف هذه الأرض بما يَنْبُتُ فيها ، فلا يجوز .

قلت : فإن سميا عدة سنين يعملها العامل يغرسها ثم يكون بعد ذلك بنصفين ؟ فقال : لا بأس بذلك إذا كانت أرضاً مأمونة قد عرفها الناس لأنها لا يخفى أمرُها ونبات شجرها ، وذلك إذا كانت السنون لا تتم الشجرُ قبلها ، فإن أثمرت قبل الأجل لم يصلح ، لأنه لا يدخله ما وصفت لك من بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحه إذا كان به أجيراً وبنصف الشجر إلى هذا الأجل .

قلت : فإن اشترط إلى أن تثمر ؟ قال : لا بأس بذلك .

قلت : لم والأثمار مختلف ؟ منه ما يتعجل فيقِلُّ عملُ العامل فيه فيُغْبَنُ ربُّ الأرض وقد ظن رب الأرض انه سيبطأ عمله ويكثر عمل الناس فيه ، ومنه ما يبطأ فيظن العامل أنه سيتم معجلاً ويقل عمله فيه ، فإن كان إثماره قريباً غَبَنَ العاملُ رَبَّ الأرض ، وإن كان إثماره بطيئاً غَبَنَ رَبُّ الأرض العاملَ .

فقال الإثمار معروفٌ قدره ، وإنما يختلف منه الشيء اليسير فلا يُحْمَلُ الناسُ على الخاص وإنما يحملون على العام .

قال محمد بن رشد : أمَّا إجازتُهُ المغارسة على جزء من الأرض إلى قدر من الشجر دون الاطعام فلا اختلاف في جواز ذلك ، وكذلك منعُه من جوازها إلى حد يكون الإطعام دُونَهُ أو إلى أجل يكون الاطعام دُونه فلا اختلاف أيضاً فيه .

وأما إجازتُهُ إياها إلى أجل لا يكون الإطعام دونه فهو خلافُ ما يأتي له في هذا السماع بعد هذا وجوازُ ذلك ها هنا على القول بلزوم

المغارسة قياساً على المساقاة ، والمنعُ من ذلك على ما يأتي له على القول بأن المغارسة على جزء من الأرض لا يجوز إلاّ على وجهِ الجُعل الذي لا يلزم المجعول له فيه العملُ ولا يجوز فيه الأجل ، ويكون له الخروج متى شاء على ما قد مضى القولُ فيه في رسم العتق من سماع عيسى .

وأما إجازته إياها الى الإثمار فهو المشهور في المذهب قد مضى مثلُهُ في رسم طلق من سماع ابنِ القاسم ، وإليه ذهب ابنُ حبيب في الواضحة ، ومثلُهُ في كتاب ابن المواز ، وله في موضع آخر أَنَّ ذلك لا يجوز إذْ قد يتأخَّر الإثمارُ ويتعجل ، فَهُوَ غَرَرٌ .

مسألــة

قلت فإن أَثْمَرَ بعضها وبقي بعض ؟ قال إذا أثمرَ الجُلُّ منها وبقي الشيء التافه كان تبعاً لِما أثمر منها ، ويكونُ العاملُ على شرطه ، قلت : فإن أخذَها على شباب وَحَدٍّ معروفٍ يَنْتَهِي إليه فغرسها مات بعضُها وحيي بعضها ؟ فقال : إن كان الذي حيي منها ونبت جلها واكثرُها فالأرض وما فيها بينهما ، ولا يضره ما مات منها ، وإن كان الذي مات جلها او أكثرُها لم يكن له فيما نبت من ذلك الشيء اليسير شيء ، لِأنه ليس وجه ما عامله عليه ، قال : قلت وما باله إذا كان الذي نبت منها الشيء الذي له بالٌ وقدرٌ في الأصول من الغرس وإن لم يكن جلَّهَا ولا أكثرَها لا يكون العامل فيما نبت من ذلك على شرطه؟فقال: نعم ، أراه فيما نبت مِمَّا وصفت على شرطه ولا يكون له فيما لم ينبت قليلٌ ولا كثير، قال سحنون : لا يكون للعامل قليل ولا كثيرٌ إذا كان الذي نبت منه الشيء اليسير لَا مِمَّا نبت ولا مِمّا لم ينبت ، قال سحنون : وأصلُ قولنا في المغارسة إذا كان الذي نبت منها جلها وأكثرُها وحسن منها

الشيءُ اليسيرَ فجميعُ الأصلِ والأرض بينهما ما حَسُنَ منها وما لم يحسن ، وإذا كان الذي نبت إنما هو الشيء اليسيرُ وحسُنَ منها جلُّها وأكثرُهَا فلا يكون للعامل منه قليلٌ ولا كثير ، لا مِمَّا نبت ولا مِمَّا لم ينبت ، فكما يكونُ للعامل نصفُ الجميع إذا كان الذي حسن منها الشيء اليسير ما حسُن منها وما لم يحسن ، فكذلك لا يكون له قليلٌ ولا كثير إذا كان الذي نبت منها اليسير وحسن أكثرُها لا مما نبت ولا مما لم ينبت .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى القولُ عليها مستوفى في سماع أصبغ فلا معنى لاعادته والله الموفق .

مسألــة

قلت فإن أخذَها العاملُ على أنْ يغرسها على النصف ولم يسميا شباباً ولاَ قَدراً موصوفاً ينتهي اليه أو أخذها إلى أجل تكون الثمرةُ دونه ولا تكون الثمرة أو لا تكون الثمرة دُونه ففسختَ أمرَهما ومعاملتهما وقد نبت الغرس؟ فقال لِي أرى أن يُقسم الغرس بينهما نصفين، ثم يكون النصفُ للعامل بقيمته يومَ قبضَ الأرض براحاً لا غرس فيها بِتَفْويتِهِ إياها بالغرس ، لِأنه مبتاع لذلك النصف بعمله في نصف الأرض إلاَّ مَا لاَ أَمَدَ لَهُ ولا وقت ، فصار بمنزلة من ابتاع أرضاً بثمن مفسوخ يفوتها بغرس أو بناء ، فإنها تقوم عليه بقيمتها يوم ابتاعها بلا غرس فيها ولا بناء ، فيعطي تلك القيمة البائع وتكون الأرض للمبتاع لِتَفْوِتهِ إياها ، فهذا يَدُلكَ على ما وصفتُ لك ومما يدلك على ذلك أيضاً لَوْ أَنَّ رجلاً أعطى رجلاً أرضاً في إبَّانِ القَليب ليفلحها ويَثْنِيها ويزرعها فقبلها وثناها وزرعها في إبان الزرع على أن تكون الزريعة منهما والأرضُ غير مأمونة ويكون الزرع بينهما نصفين فإنه يفسخ عليهما إذا لم تكـن

مأْمونةً لِأنَّه أجيرٌ في نصف الأرض بالنصف الذي أَخَذَ وهو لا يدري أَيَتِمُّ له الزرع فيها إن مَطَرَت السماءُ أو لا يَتِمُّ له إن قَحَطَت السماء، فإذا فسخت عَمَلَهُمَا قسمت الأرض بينهما نصفين فيكون للعامل نصفُ تلك الأرض تلك السنة إن رَوِيَتْ الأرضُ في إبان الزرع بكراء مثلها لِأن الحرثَ فيها فوت كما كان الغراس فوتاً هنالك ، ويكون للعامل على رب الأرض قيمة عمل مثله في قليبه وحرثه عطشت الأرض أو رويَت فهذا يدُلك على مسالتك أيضاً .

قيل : فإن اثمرت الشجر وقد إِغْتَلَّاهَا زماناً ؟ قال : .يكون ما اغتل للعامل من نصفه الذي ضمنه يوم فوته بالغرس له ، ولا كراء عليه فيه ، ويكون عليه الكراء في سهم شريكه من يوم اغتله ، وتكون له ثمرة ذلك النصف على رب الأرض يرْجِعُ بها عليه منذُ يومَ اغتلها ، لِأنه إنما دفع اليه أرضاً فصار الذي أخذ منها من الثمرة من كِرَاءِ أرضه فدخل في ذلك كِرَاءُ الأرض بالثمرة ، ففسخ ذلك ورُدَّتْ الثمرةُ إلى من أُخذت منه ، وصار على أخْذِهَا كراءُ نصف الغرس براحاً لا غَرْسَ فيها منذ يوم اغتلها وهو العامل ، قال قال سحنون : لا تكون له الغلة وجميعُ الغلة لصاحب الأرض يردها عليه العامل ، ويكون على صاحب الأرض قيمةُ غرسه إن كانت له قيمة وأُجْرَةُ عمل مثله ، قال سحنون : لو أني جعلت له الثمرةَ لكان بيعاً للثمرة قبل أَنْ يبدو صَلَاحُهَا .

قال محمد بن رشد : أَمَّا حكمُه بفساد المغارسة على جزء من الأرنس دون أَنْ يسميا شباباً ولا حَدّاً ينتهي اليه المغارسة فهو المشهور في المذهب ، وأجاز ذلك ابنُ حبيب وجعل حدَّها الإطعامَ .

وأما حكمُه بفسادها إِلَىٰ أجل لا يكون الإطعام دونه فهو خلافُ ما تقدم

في هذا السماع ، وقد مضى القولُ هنالك على ما يتخرج عليه كُلُّ قولٍ منها على الأصول وقولُه في مسألة البيع الفاسد الذي نظر بها إنَّ القيمةَ تكون في ذلك يومَ ابتاعها معناه إن كان البيعُ والقبضُ في وقت واحدٍ لأنَّ القيمة لا تجب في البيع الفاسد إلَّا يومَ القبض لا يوم البيع هذا اختلاف ، ومسألةُ القليب الذي استدل بها على ما ذهب اليه من أنه بيعٌ فاسد في نصفِ الأرض مسألةٌ صحيحة إلَّا أنها لا حجةَ فيها إذ لَا يلزم فيها على قياس القولِ بأنه يلزم المُغَارِسَ قيمةُ نصف الأرض يوم فوتها بالغرس والكراءُ في النصف الثاني أَنْ يلزمَه الكراءُ في جميع الأرض لتفويتِه لَهَا بالقليب .

وقوله إنه يكون له الكراءُ في سهم شريكه من يومَ اغتله هو مثلُ ما تقدم في سماع أبي زيد خلاف ما في سماع يحيىٰ وفي رسم استأذن من سماع يحيىٰ وفي رسم استأذن من سماع عيسى، وحكى ابنُ زَرب أنـه وجدَ في بعض الكتب لابنِ القاسم أنه لا كراء عليه في نَصِيبِ صاحبِ الأرض لأنه كأنه أبَاحَ له الغرسَ فيها ، قال فلذلك سكت عنه في غير هذا الموضع ، وقد مضى توجيهُ الإختلاف هناك فلا معنى لإعادته ومضى أيضاً في رسم يوصي لمكاتبه من سماع عيسى تحصيلُ الإختلاف في هذه المسألة فلا معنى لإعادته وقول سحنون إنها إجارةٌ فاسدةٌ في الجميع هو أَحدُ أَقْوَالِ ابنِ القاسم في المسألة في رسم يوصي من سماع عيسى ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قال قلت فإن أخذَها على شبابٍ معروفٍ وحَدٍّ ينتهي اليه وشرط عليه رَبُّ الأرضِ عَمَلَ شَطْرِهِ سنينَ مُسَمّاة بعد المقاسمة هل يجوز ذلك له أم لا ؟ فقال : إن كان عملُ النِصفِ محدوداً معروفاً وكان مضموناً على العامل عاش أو مات فذلك جائز ، وإن كان ذلك في عمل بَدَنِهِ بعينِه ما قام شخصُه فلا خيرَ فيه ويفسخُ لأنَّها مخاطَرَةٌ

ولا يدري أيعيشُ العامل الى ذلك الأجل أو يموت قبله ؟ فإن مات غُبِنَ ربُّ الأرض ، فإن عَاشَ إلى الأجل غَبَنَهُ ربُّ الأرض فَتَخَاطَرَا بهذا ، قال سحنون : هذا خطأٌ وَلَا يجوزُ هذا ، وأولُ خَطَإِ هذا أَنَّهُ جُعْلٌ وبيع شيء ، فلا يجوز هذا على حالٍ من الحال ، ويصنعُ في هذا كما وصفتُ لك في أَوَّلِ المسأَلَة .

قال محمد بن رشد : في الواضحة لِمطرف وأصبغ مثلُ قولِ ابن القاسم ، وزاد عن مطرف قال : فإن بطلَ الغرسُ بعدَ أنْ غرسه قِيلَ لرب الأرض أعطِهِ غرساً مثلَه يغرسه لك ويقوم لك به إلى أجله ، وهذا هو قولُ سحنون وقولُ أشهبَ في رسم البيع والصرف من سماع أصبغ من كتاب الجعل والإجارة، وإليهِ ذَهبَ ابنُ حبيب خلافُ مذهبِ ابنِ القاسم وروايتِه عن مالك في المدونة وغيرها من أنَّ الإجارة لا تجوز في ذلك إلَّا بشرط الخلف وَزَادَ عن أصبغ أنه أجاز ذلك ، لأن المُغارسةَ قد تمت بينهما ، واعترض ذلك الفضلُ واعتراضُه صحيحٌ ، إذ لا فرقَ في القياس بين أن يشترط عليه في المغارسة عملًا يعمله قبلَ الغرسِ أو بعده ، فقولُ ابنِ القاسم في هذه الرواية وقولُ أصبغ في الواضحة معارض لما مَضى من قول أصبغ في نوازله حسبما بيناه هناك .

ويتحصلُ في المسألة ثلاثة أقوال أحدها أن المغارسة على هذا الشرط لا تجوز كان العمل مضموناً على العامل أو في عينه غيرَ مضمون عليه ، على حكم الإجارة في عين الأجير ، وهو الذي يأتي على قياس ما تقدم من قول أصبغ في نوازله ، **الثاني** أنَّ ذلك جائز إن كان العملُ مضموناً على العامل ، ولا يجوز إن كان في عينه غيرَ مضمون عليه إلَّا أنْ يشترط الخلف إن بَطَلَ الغرسُ **والثالث** إن ذلك جائز في الوجـهين جميعاً والحكمُ يُوجِبُ الخلف ، وأما إن اشترط العملَ في بدنه ما قام شخصُه فإن مات بَطَلَ عنه الشرطُ ولم يَجِبْ عليهِ لرب الحائط شيءٌ فلا اختلاف في أن ذلك لا يجوز ، فإن وقعت المعاملة على ما لا يجوز باتفاق أو على ما لا يجوز عند من لا يجيزها على ما

وقعت عليه فسخت ، فإن فاتت بالعمل كان الحكمُ فيها على الإختلاف الذي قد مضى تحصيلُه في رسم يوصي لِمكاتبه من سماع عيسى ، وقولُ سحنون فيها على أَصْلِ مذهبه وَأَ حَدِ أقوالِ ابن القاسم وبالله التوفيق .

مسألــة

قلت : أرأيت إن عامله على النصْفِ بِحَالِ ما ذكرتُ لكَ معاملة يفسخها بينهما فَاغْتَلَّاهَا زَمَاناً ثم ذهب الغرسُ وَبَطَلَ ورجعت الأرضُ بَرَاحاً على حالها الأول ؟ فقال : يكون نصفُها للعامل بقيمتها يوم أخذها بَرَاحاً ، لأنه سَاعَةَ فَوَّتَهَا بالغرس ضمنها بقيمتها فلا يُسْقِطُ عنه الضمانَ رجوعُها إِلَى حالها الأولى ويكونُ أيضاً للعامل الغلة كلها ، وعليه كراءُ نصف الأرض منذ يوم أغتلها ، فلا يكون عليه في نصفها الذي قوم عليه كراءٌ ويكون على رب الأرض للغارس في نصفه الذي ذهب أُجْرُ عمله فيها إِلَىٰ أَنْ يبلغَ الشباب الذي سمياه، هَلَكَ بعد ذلك أو كان قائماً ، وإن فات الغرسُ من قَبْلِ أَنْ يبلغ ذلك الشباب فليس للغارس أُجْرَةٌ في غرسِه نصفَ الأرض وَمَا يَدُلُّك عليه قولُ مالك في الرجل يستأجرُ حَفّار القُبُورِ على حفر قبر فينهدم القبرُ من قَبْلِ أن يفرغ الحافرُ منه : إن ذلك عليه حتى يحفر ويفرغ منه ، وإن انهدم القبرُ بعد فراغه منه فهو من المستأجِر ، وعليه للحافر أجرتُه كاملة ، قال : قال سحنون : تكونُ جميعُ الغلة لصاحب الأرض ، ويكون للعامل منها شيء ويعطى العاملَ أجرةَ مثلِه بعد أَنْ يرد جميع ما أَخَذَهُ من الغلة من قِبَلِ أَنَّ الشجر لو نبتت لم أَجْعَلْ له فيها ولا في الأرض شيئاً ، فكيف إذا لم تنبت حِينَئِذٍ أخُرى أَنْ لاَ يكون له شيءٌ ، قال ابن القاسم وَمما يَدُلك على ذلك أيضاً قولُنا فَوْقَ هذه المسألة في القليب في الأرض غير المأمونة .

محمد بن رشد : قولُه في هذه المسألة وتكون أيضاً للعامل الغلةُ كلها معناه إلَى يوم بلغت النخلُ الحَدَّ الذي اشترطَ إتمامَ المغارسة إليه وأَمَّا فيما بعدَ ذلك إلى حين الحُكْمِ فتكون الغلةُ بينهما كما اغتلاها ، ولا شيء في ذلك على وَاحِدٍ منهما لصاحبه ، لأن العاملَ اغتل النصفَ الذي قد ضمن بالقيمة ، وصاحبَ الأرض اغتل النصفَ الآخرَ الذي قد صار بانقضاء أَمَدِ المغارسة اليه وتولى القيامَ لنفسه عليه .

وقولُه فعليه كراءُ النصف لربالأرض منذ يومَ اغتلها معناه أيضاً إلى يوم بُلُوغ النخل الحد المشترط .

فأما قولُه ويكون على رب الأرض للغارس في نصف الذي ذهب أجرة عمله فيه إلَى أن يبلغَ الشبابَ الذي سمياه هَلَك بعدُ أو كان قائماً وإن مات الغارس من قبل أن يبلغ ذلك الشباب فليس للغارس أُجرةٌ في غرسه نصفَ رب الأرض فإنَّهُ كلام لا يستقيم رده على ما تقدم من القول ، بأن الغلة كلها للعامل ، وعليه كراء نصف الأرض ، وإنما يصح على القول بأنه يُرَدُّ في نصف رب الأرض إلى إجارة المثل فَيُؤَدِّيهَا إلى العامل وتكون غلةُ ذلك النصف له لا للعامل ، ويرد اليه مع ذلك قيمة الغرس يوم وضعها في الأرض ، فهو خروجٌ من قولٍ إلى قول دون واسطة ، وأراه سقط من الأُمّ ِ شيء من الكلام .

وأما قولُه إنَّ الغرس إن مات من قبل أن يبلغ ذلك الشباب للغارس أُجْرةٌ في غرسه نصفَ رب الأرض فهو قولُ سحنون ومذهبه ، وخلافُ المعلوم من مذهبِ ابنِ القاسم في المدونة وغيرها في أنَّ له مِنْ الأجْرِ بقدر ما مضى من العمل ، وإنما اختلفَ قولُه في ذلك في المدونة إذا كانت الاجارةُ بما لا يملك من الأرض كالقبر يستأجر الرجل على حفره في المقبرة .

فإن صَحَّ هذا الكلامُ والاحتجاجُ لابن القاسم يحصل من مذهبه في ذلك ثلاثة أقوال أحدها أنه لا شيء له من أُجرته إلاَّ بعد تمام العمل ، **والثاني** أنّ له من أجرتِه بحساب ما عمل ، **والثالث** الفرق في ذلك بين ما يملك من

الأرضيين أو لا يملك ، وقولُ سحنون على ما اختاره من أقوال ابن القاسم أنه يُرَدُّ في الجميع الى أَجْرَةِ مثله .

مسألــة

قال : قلت فإنْ أخذَها على أن يغرسها على النصف ولم يذكر الأرْضَ ولا الثمر فاختلفا فقال العامل عاملتُك على أنَّ لِي نصفَ الأرض بل على أَنَّ الثمرةَ بيننا وحدها أو الشجر بيننا وحدها دون الأرض؟ فقال لِي : إن كان للبلد سُنَّةٌ في معاملتهم حُمِلُوا عليها، قلت: فإن كان البلدُ العاملُ فيه على الوجهين ، وهما يَجْرِيَانِ به جميعاً ؟ فقال : القولُ في ذلك قول العامل مدعي الحَلاَلِ منهما مَعَ يمينه ، وَرَبُّ الأرض مدعي لأنه يدعي سَبَباً يُرِيدُ فسخ عملهما في إرْتِجَاع الأرض ، وقد قال مالكٌ في الرجلين يستأجران فيدعي أحدُهما في مبايعةِ صاحبِ الحلالَ ويدعِي الآخَرُ الحرام : إن القولَ قولُ مدعي الحلال منهماَ مع يمينه ، والآخر مدعي لأنه يريد فسخَ ما ثبت من يبيع الحلال .

قال محمد بن رشد : هذه مسألةٌ قد مضى القولُ فيها مستوفى في سماع أبي زيد فلا معنى لإعادة شيء منه .

مسألــة

قال : قلت : فإن ثبتت بينةٌ على أنهما تعاملا على أنَّ الثمرة بينهما ما قامت الشجرةُ فإذَا ذَهَبَتْ الشجرةُ فلا شيء للعامل في الأرض أو على أن الشجر وَحْدَهَا دون البياض .

فقال : لا يجوز ذلك ويفسخ متى ما عثِرَ عليه وترد إلى ربها ويكون عليه للعامل قيمة غرسه مقلوعاً بالأرض أوْ يتركه يقلعُ غرسَه إنْ

أبى أن يعطيه قيمته وتكون الغلة كُلها للعامل ويكون عليه كراء الأرض كلها منذ يَوْمَ اغتلها ، قال : قال سحنون : الغَلّةُ كلُّها لِصاحب الأرض ويُعطي للعامل أُجرةَ مثلِه .

قلتُ : ولم جعلتَ للعامل قيمةَ عمله مَقْلُوعاً وهو إنما عملَ على وجهِ شُبْهَةٍ؟فقال: مِنْ قِبَلِ أن رب الأرض إنما أكراه أرضَه بثمرة تخرُج منها على أن يغرسها أُصولاً ما قامت الشجرُ ، فصار كراء لَا أَمَدَ له ، وكراءَ الأرض بالثمرة أيضاً ، فلا بد من رد الأرض إلى صَاحِبِهَا على حالِ مَا خَرَجَتْ من يديه بُرَاحاً لا غرس فيها ، لأنك إن لم تفعل وجعلتَ عليه فيها القيمةَ لِعَمَل العاملِ أدْخلت عليه ما يحجبه عن أرضه ، فإن لم يقدر عليها أو كره أن يعطيها اياه وأَلزمَته إياها صِرتَ أنْ بعتَ منه شيئاً للعامل في أجرته أو أعطيتها إياه فيها، فصار ما خرج من يديه من أرضه منفوصاً حين رَجَعَ إليه محجوباً عنه حتى يعطي ما لزمته من الأجرة فهذا يُبَيِّنُ لك ما سألتَ عنه ، ولأنه أيضاً إنما عَامله على أن يُعطيه في كرائها ثمرةً أو أصلاً مَا قامَ الأصل ، وفي المسألة الأولى إنما عَامَلَه على أَنْ يغرس له نصفَ الأرض بالنصف الذي أعطاه منها ، فصار أجيراً في غرس نصفه بما أعطاه من نصف أرضه .

قلتُ فان ذهب الغرسُ ورجعت الأرضُ إلى حالها أوَّلاً براحاً لا غرس فيها والمسألةُ على حالها ؟

فقال : تكون الثمرةُ كلها للعامل ، ويكون عليه كراءُ الأرض منذ يوم اغتلها ، ولا يكون له على رب الأرض فيما هلك من الغرس قيمةُ ما عملِ ، لأنه إنما كان يعطيه قيمته مقلوعاً بالأرض ، فقد ذهب وبطل لأنه إنما كان العمل له لا لرب الأرض ، وفي المسألة الأولى

إنما كان نصفُ الغرس الذي بطل بعد أَنْ بلغ الشباب والقدر لرب الأرض لَا لِلْغَارِسِ ، ولذلك أو جبنتُ للغارس قيمةَ عملِه فيه على رب الأرض فهذا شَأْنُه ، قال سحنون : الثمرةُ كلها لصاحب الأرض ويعطي العاملَ أُجرةَ مثله .

قال محمد بن رشد : قولُه في هذه المسألة وفي المسألة الأولى إنما عامله على أن يغرس له نصفَ الأرض بالنصف الذي أعطاه منها يريد المسألة المتقدمة التي غارسه فيها على نصف الأرض إلى أجلٍ تكون الثمرة دُونَه .

فقوله فيها ها هنا فصار أجيراً في غرس نصفه بما أعطاه من نصف أرضه وقولُه بعدَ ذلك : وفي المسألة الأولى إنما كان نصفُ الغرس الذي بطل بعدَ أَنْ بلغَ الشباب والقدر لرب الأرض لا للغارس فلذلك أوجبتُ للغارس قيمةَ عمله على رب الأرض فهذا شأْنُه خلافُ قوله في المسألة المتقدمة لأنه لم يجعله فيها أجيراً في نصف رب الأرض ، وإنما جعله فيها مُكْتَرِياً له ، فأعطاه جميع الغَلَّةِ ، وقولُ سحنون على أصله في أنه يكون أجيراً في الجميع ، وقد تقدم هذا المعنى في مواضع ، ومضى تحصيلُ الاختلاف فيه في رسم يُوصي لمكاتَبةِ من سماع عيسى فلا مَعنى لإعادته وبالله تعالى التوفيق .

تم كتابُ المزارعة والمغارسة بحمد الله تعالى وحسنِ عونه وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد الكريم اللهم عَوْنك .

تم كتاب المغارسة بحمد الله تعالى

كتاب الدّيات الأول

من سماع ابن القاسم من كتاب قطع الشجر

قال وسئل مالك عن أَهلِ الذّهبِ والورقِ إذا وقعت عليهم الدية مثلُ ما وقع على المُدْجِجِي كيف تُغَلّظُ عليهم إنْ غُلِّظَتْ ؟ قال : نعم تغلظ عليهم ، وإنما يُعتَبَرُ ذلك بِفضل ما بين أسنان المغلظة وأسنان الخَطَإِ على أهل الإبل ، يُنْظَرُ إلى قيمة المُغلظة كَمْ قيمةُ الثلاثين حُقّة والثلاثين جَذَعة والأربعين خِلفةً فيعرف؟ وينظر كم قيمة أسنانِ دية الخطإِ الأَخْمَاسِ ، عشرين بنت مَخَاض وكم قيمة عشرين بنت لبون ، وكم قيمةُ عشرين ابنِ لبون وكم قيمة عشرين حقة وكم قيمة عشرين جذعة، فيعرف كم قيمة ذلك كله ، فيُنْظَرُ كم فضلُ ما بين القيمتين ؟ قيمة الأثلاث دية الخطأ ، وقيمة الأخماس دية الخطأ فإن كان خُمُساً أو سدساً أو ربعاً أو ما كان فيزاد على أهلِ الذهب والورق بقدر ما زادت قيمةُ التغليظ في الإبل على دية الخطأ ينظركم هو من دية الخطإ ؟ إن كان ثلثاً أو ربعاً أو ما كان زِيدَ مثلُ ذلك ، قال مالك فأرى الجِراحَ مثلَ ذلك إذا كانت شبيهاً بذلك أَن يُزادَ فيها للخرمة أو فقاء العين أو قطع الرِّجْلِ كان عليه خمسة عشرَ حقة وخمسةَ عشر جذعة وعشرون خلفة ، فإن فعل ذلك أَحَدٌ من أهل الذهب أو الوَرقِ نُظِرَ أيضاً إلى فضل هذه الأسنان التي سميتها

وإلى نصف قيمة دية الخطإ من الإبل فتغلظُ عليه بقدر ذلك إذَا صَارَ ذلك ثلثاً على أهل الإبل أو رُبعاً أو ما كان في القيمة ، وصُنِعَ بأهلِ الذّهب والورق مثلُ ذلك في الجراح والنفس ، قال ابن القاسم : ليس يكون ذلك في الجراح إلاّ في الأبِ ، قال سحنون : إلاّ الجائفة والمأمومة والمنقلة ، فإن الأجنبي لا يقاد منه فكذلك الأم والأب والجد لا تُغَلَّظ عليهم الديةُ فيها .

قال محمد بن رشد : الديات على مذهب مالك وأصحابه ثلاث : ديةُ الخطأ، ودية العمد إذَا قُبِلَت، ودية التغليظ في مثل ما فعل المُدْحِجِي بابنه، وهي ديةُ شِبْهِ العمدِ على مذهب من يراه ويقول به ، وهو قولُ أكثرِ أهل العلم وروايةُ العراقيين عن مالك.

فأما دية الخطأ فإنها على أهل الإبل مائةٌ من الإبل على عاقلة القاتل سنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم لا اختلاف بين أحد من أهل العلم في ذلك ، وتؤخذ في ثلاث سنين وقيل في أربعٍ بخمسة عشرون بنت مَخَاضٍ وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون ذكراً وعشرون حُقّة وعشرون جذعة ، وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة غير أن أبا حنيفة جعل مكان ابنِ لبون ابن مخاض ، وقد ذهب جماعةٌ من السلف منهم علي بن أبي طالب إلى أن دية الخطإ مربعةٌ واختلفوا في أسنانها اختلافاً كبيراً .

وأما دية العمد فليست بموقتة ولا بمعلومة بدليل قول الله عز وجل : ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيءٌ﴾[1] وَشَيْءٌ نَكِرَةٌ تقع على القليل والكثير، فإن اصطلحوا على الدية مبهمةً فإنها تكون حَالةً في مال القاتل مائةٌ من الإبل على أهل الإبل مُرَبَّعَةَ: خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة وخمس عشرون جذعة ، وفي كتاب ابن المواز أنهم إن

(١) الآية ١٧٨ من سورة البقرة .

اصطلحوا على دية مُبْهَمَةٍ أَوْ عَفَا بعضُ الأولياء فرجع الأمرُ إلى الدية فالديةُ في ذلك مثلُ دية الخطإ إلاّ أنَّ العاقِلَةَ لا تحمل منها شيئاً وهي في مال الجاني مُنَجَّمَة في ثلاث سنين ، قال : وإنما تفترق دية الخطإ من دية العمد في أن العاقلة لا تحملها ، وأما في الأسنان فلا ، والأولُ هو المشهورُ في المذهب المعلومُ من قول مالك وأصحابه ، وذهب الشافعي إلى أنَّ دية العمد إذَا قُبِلَت كَدِية شِبْهِ العمد مثَلَّثَةٌ ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة .

وأما الدية المغلظة في مثلِ ما صنع المُدْحِجِي بابنه وفي شِبْهِ العمدِ على مذهب من يراه من أهل العلم وهو قول مالك في رواية العراقيين فإنها على أهل الإبل مثلثةٌ ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خَلِفَة في بطونها أولادها ، قيل حَالةٌ في مال القاتل غير مُؤَجَّلة ، وهو مذهب ابن القاسم في المدَونة وروايتُه عن مالك ، وقد كان ابنُ القاسم يَقُولُ إنها على العاقلة كهيئة دية الخطأ حكى ذلك عنه ابنُ حبيب ، وقيل إنها على العاقلة حَالة تنجيمها وهو قول ابن الماجشون ، قال : ومن تغليظها أَنْ يُطْرَحَ تَنْجِيمُها ويدل على ذلك قولُ عُمر بن الخطاب سراقة بن جعشم المُـدْحِجِي وهو غيرُ القَاتِلِ إلاّ أَنَّه رَأْسُ قومه : اعدد لي على مَاءِ قديد عشرين وَمِائَةً من الإبل ، وإلى هذا ذهب أشهب وسحنون ، وقيل إنها في ماله إن كان له مالٌ وعلى العاقلة إن لم يكن له مالٌ ، وهو قول مطرف وإياه اختار ابنُ حبيب .

وأما الدية على أهل الذهب والورق فهي في الخطأ على مَا قَوَّمها به عمرُ ابنُ الخطاب رضي الله عنه ، أَلْفُ دينار على أهل الذهب واثني عشر ألف درهم على أهل الورق ، هذا مذهب مالك وجميع أصحابه .

واختلف هل تُغَلَّظُ على أهل الذهب والورق ديةُ العمد المربعة إذا قبلت بفضل ما بين أسنانها وأسنان دية الخطإ أم لا ؟ وهل تغلظ أيضاً عليهما الدية المثلثة في مثل ما صنع المُدْحِجِي بابنه بفضل ما بين أسنانها وأسنان دية الخطأ أم لا على ثلاثة أقوال ، أحدها أنها لا تغلظ واحدة منهما ، حكى هذا القولَ

عبدُ الوهاب في المعونة ، والثاني أنها تغلظ كلٌّ واحدة منهما ، وهو الذي يأتي على ما في رسم الصبرة من سماع يحيـى عن أشهب ، لأنه إذا رأى التغليظ في الدية المربعة فأحْرى أن يراه في الدية المثلثة والثالث أنه لا يغلظ الدية المربعة وتغلظ الدية المثلثة ، وهو قول ابن القاسم وروايتُه عن مالك وقولُ ابن نافع في رسم الصبرة المذكور من سماع يحيـى وهو أَوْلَى الأقوال إذ قد قيل في دية العـمد إذا قُبلت إنها مُخمسة مؤجلة على ما في كتاب محمد .

واختلف في صفة التغليظ على ثلاثة أقوال أحدها أنه ينظرُ إلى قيمة أسنانِ الدية المخمسة وإلى قيمة أسنان الدية المربعة أو المثلثة في ذلك البلد إن كان البلدُ بَلَدَ إبِلٍ ، وإن لم يكن بَلَدَ إبِلٍ ففي أقرب بُلدَانِ الإبل إليهم قاله أصبغُ في الواضحة ، فما كان بين القيمتين سُمي من قيمة أسنان الدية المخمسة فما كان من خمس أو رُبع أو ثُلث أو أقل أو أكثر أُخِذَ ذلك الجزء من الألف المثقال أو الإثني عشر ألف درهم فزيد عليه ، وهو قولُه في هذه الرواية والمشهورُ في المذهب ، والثاني أنه يُزَاد على الألف مثقال أو الاثني عشر ألف درهم ما كان بين القيمتين من العدد من غير تسمية ، وهذا القول في المعنى أظهرُ ، والأول أشهرُ والثالث أن يقوم أسنان الدية المثلثة أو أسنان الدية المربعة فتكون تلك الدية ما كانت إلاّ أن ينقص من الألف دينار أو اثني عشرَ ألف درهم فلا ينقص من ذلك شيء ، وهذا القولُ حكاه عبدُ الوهاب وهو ينحو إلى مذهب الشافعي في أنَّ الدية على أهل الذهب والورق قيمةُ الإبل على أسنانها وقت الحكم في كل زمن نقصت من الألف دينارٍ أو زادت عليه ، قال لأنَّ عمرَ قَوّمَ الدية ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم فالحكمُ أَنْ يقوم في كل زمن .

ولا حجة له فيما رُوي عن عمر بن الخطاب في ذلك ، إذْ قد رُوِيَ أنه قوم الدية ، وأنه جعل الدية ، وأنه قضى في الدية ، وحكم للجراح في التغليظ في الديتين جميعاً المربعة والمثلثة حـكـم الدية الكاملة يؤخذ ذلك من الاختلاف في التغليظ وفي صفته ما ذكرناه في الدية وفي صفته ما ذكرناه في

الدية الكاملة إلاّ الجَائفة والمنقلة والمأمومَة وما أشبهها من الجراح التي هي مَتَالِفُ فلا يقتـص منها في الأجنبي فيستوي في حكم تغليظها الأب والأجنبي ، فلا يُغَلظ على الأبِ إلاّ على القولِ بوجوب تغليظ دية العمْدِ المربعة وجِرَاحَاتُ العمد ، فقول سحنون إلاّ الجائفة والمنقلة والمأمُومة فإن الأجنبيَ لاَ يُقاد منه . فكذلك الأب والأم والجد لاَ تُغَلَّظ عليهم فيها الدية هو على ما اختاره وأخذَ به من مذهب ابنِ القاسم وروايته عن مالك في أنه لا تغليظ على أهل الذهب والورق في دية العمد وجراحاته ، والتغليظُ عند ابن القاسم وأشهب وأصحابهما فيما صَغُر من الجراح أو كبـر، وقد ذُكِرَ عن ابنِ القاسم أنه قال : إنما ذلك فيما يبلغ ثلثَ الدية فأكثر ، وقولُ ابن القاسم ليس يكون ذلك في الجراح إلاّ فـي الأبِ يريد والأم ، إذ لاَ يُفرق أحدٌ بين الأب والأم في هذا ، فَعلى ظاهر قوله هذا لا تغلظ الدية في جد ولا جدة خلافُ قوله في المدونة إنما تغلظ في الجد يريد والجدة من قِبَلِ الأم ومن قبل الأب والله أعلم ، فلا يغلظ على مذهبه في المدونة في الجد للأم ولا في الجدة أم أَبِ الأُم والأم أبِ الأب ، وهو قولُ أشهبَ ، وذهب ابنُ الماجشون إلى أنَّ الدية تغلظ في الأجداد والجدات كلهم من قبل الأب ومن قِبَلِ الأم وهو قول سحنون في نوازله من كتاب الأقضية إن الدية تكون له في ولده وولد وَلَـدِهِ والتغليظ يلزمه في ولدِهِ وولده ولده من الرجال والنساء ، وقد روى عن ابن القاسم مثلُ قول ابن الماجشون ، وروى عَنه أنه توقف في الجد للأم .

والتغليظُ تابع للقصاص فمن تغلظ الدية فيهم كلهم فلا يُقْتصُّ من واحد منهم إلاّ أن يعمد لقتله مثل أن يضطجعه فيذبحه أو يأخذ سكيناً فيقطع يده أو يفقأ عينه ، ومن يرى أن لا تغلظ الدية على الجد للأم أو الجدة أم أب الأب أو أم أبِ الأُم فهو يرى القصاص منهم في العمد الذي يشبه العمد وإن لم يعمد للقتل ، إذ لا اختلاف في أنه لا يُقتص من واحد منهم فيما هُو من شبه العمد مثلُ أن يضربه بعصا فيموت من ذلك ، أو بِسوط فيفقأ عينه وما أشبه ذلك .

فالديات عند مالك ثلاثٌ مُخمسة ومربعة ومثلثة ، وعلى ما في كتاب ابن المواز إثْنَتَانِ مُخمسة في الخطإ وفي العمد إذا قبلت الدية مُبهمة ، ومثلثةُ في مثل ما فعل المُدْلِجِي، وعند الشافعي إثنان مُخمسة في دية الخطأ ومثلثة في العمد إذا قُبِلَت وفي شبه العمد ، وعند أبي حنيفة اثنتان مُخمسة في دية الخطإ ومربعة في شِبْهِ العمد وفي العمد إذَا قُبلت الدية فيه مبهمة ، وهذا كله لاَ مَدْخَلَ للرأي والقياس في شيء منه ، وكُلٌّ يدعي التوقيف فيما ذهب إليه من ذلك .

ولا يُؤخذ في الدية عند مالك وجل أهل العلم إلاّ الإبل والدَّنَانِيرُ والدراهم . وقد روى عن النبي عليه السلام أنَّه وَضَعَ الدية على الناس في أَمْوَالِهِم ما كانت ؟ على أهلِ الإبل مائةُ بَعير ، وعلى أهل الشَّاءِ ألفَي شاة ، وعلى أهل البقر مائتي بقرة ، وعلى أهل الإبل مائتي حُلّةٍ[٢] ، وهو قولُ عطاء وقتادة وروى ذلك أيضاً عن عُمر بن الخطاب ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالكٌ عن الأب إذا قَتَلَ ابنَه خطأ مع رجلين معه هل ترى له من الدية شيئاً ؟ وكيف إن كان الابنُ لَمَ يَهلك ساعة أَصَابُوهُ عاش شيئاً من النَّهَارِ ثم هلك وقامت البينة على ذلك وترك ابنُه من الورثة أُمه واختيه وعصبته إن لم يَرِثْ الأبُ .

قال مالك : أرى أن يحلفَ ورثتُه خمسين يميناً لَمَاتَ منْ ذلك ثُمَّ تكونُ الدية عليهم على عاقلة الأبِ الثلثُ وعلى عاقلتي الرجلين

---

(٢) كذا بالأصل ونسخة ق ٣ . والصواب : وعلى أهل البرود مائتي حلة . والحديث أسنده أبو بكر بن أبي شيبة عن عطاء ذكره أبو الوليد بن رشد الحفيد المتوفى سنة ٥٩٥ في كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد .

ثلثا الثلث على عاقلة كل واحد منهما ثلثُ الدية ، وأرى لِلأم السُّدسَ من الدية كـلها وأرى للعصبة والأُختين ما على عاقلة الأب بعد سُدُسِ الأم وبعد أن يحلفوا ، وأرى من الدية لِلأب ثلثي الدية التي وقعت على عاقلتي الرجلين الذين شركاه في القتل بعد سدس الأم وبعد أن يحلف الأب لَمَاتَ من ذلك ، فإن الله تعالى يقول : ﴿ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ ﴾[٣] فأبوه من أهله ، وأرى إذا لم يأت أهلُ الميراث جملةً أهلُ الثلث وأهل الثلثين يحلف أهلُ الثلث الأُختان والعصبةُ خمسين يميناً وأخذوا ، ثم جاء الأبُ بعد ذلك فأرى أيضاً أن يحلف خمسين يميناً فيكون سُهمان الدية ستةٌ وثلاثون سهماً ، للأم من ذلك سدسُ الثلثين اللذين يصيرَانِ للأب وهو أربعةُ أسهم وسدس الثلث أيضاً الذي يصير لِلأُختين والعصبة وهما سهمان فذلك ستة أسهم من ستة وثلاثين للأختين ثلثا الثلث وهو ثمانية وللعصبة ما بقي وهما سهمان وللأب عشرون سهماً وهو ما بقي من الثلثين بعد سدس الأم .

ورأيت أن لا يجمع على الأب أمران : مصيبةُ ابنه ، وحرمان عقل ابنه يكون على عاقلة قومه يخرجونها إلى أهله قال الله تعالى : ﴿ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ ﴾ فأبوه وَوَرَثَتُهُ من أهله ، ولأن ذلك من الخطإ الذي لا شَكَّ فيه .

ولو وَلِيَ الأَبُ قتلَه وحده لم يكن له من ديته شيء ، قال ولو أنهم قَتَلُوهُ عمداً قتلتهُم بِهِ بثلاثتهم الأب والرجلين إذا عمد الأبُ للقتل متعمداً لذلك قتل به ، وأما إذا كان من الضرب والرَّمْية وأشباه

---

(٣) الآية ٩١ من سورة النساء .

ذلك فإنّه لا يُقَاد منه ، وإذا كان مثلُ ذلك من الناس يَرْمِي الرجلُ الرجلَ بحجرٍ أو بعصا أو يضربه بذلك فيموت من ذلك فعليه القود ليسَ حالُ الأب في هذا كحال غيره .

وتكون الأيمانُ عليهم على قدر مواريثهم ، فمن كان عليه كَسْرٌ جَبَرَهَا ، قال مالك : وإن عُلِمَ أنه هلك منه حين وقعت عليه الخَشَبَةُ لم يتكلم في غَمْرَتِهِ حتى هلك لم يكن في ذلك قسامةٌ ، قال ابنُ القاسم ويحلف الأبُ على الرجلين لَمَات ابنهُ مما صنعا به ، ويحلف العصَبةُ والأُختان لَمَاتَ مما فعل الأبُ ، وتحلف الأُم أنّه ماتَ من فعلهم كلهم .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة جيدة صحيحة جارية على الأصول إلّا أن في سياقتها إشكالاً يفتقر إلى بسط وبيَان ، وهو أن دية الخطإ موروثةٌ عن المقتول يرثها ورثتُه ويستحقونها على عاقلة القاتل بِقَسَامَتِهم على قدر مواريثهم مع شاهد على القتل أو شاهدين على الجرح إذا حيي بعد ذلك حياة بينة ، فإن كان القاتلُ من الورثة لم يرث منها ولا أقسم فيها ، لأن القاتل الخطأ لا ميرَاثَ له من الدية ، فإذا قَتَلَ الرجل ابنَه خطأ مع رجلين سواه فلا ميراث له في ثلث ديته الواجبة على عاقلته بما شاركه في قتله ، وله ميراثُه في ثلثي الدية الواجبة على عاقلتي الرجلين المشاركين له في قتله ، فثلثُ الدية الواجبة على عاقلة الأب ميراثٌ لِأمه ولِأخته ولعصبته ، لأمه السدُس ، ولأخته الثلث ، ولعصبته النصف بعد أن يقسمـوا خمسين يميناً لَمَاتَ من الجرح الذي أصابه به الأبُ تكون على العصبة منها خمسةٌ وعشرون يميناً لِأن لهم نصفَ الميراث ، وعلى الأم ثمانية أيمان ، وعلى الأُختين ستة عشر يميناً ويجبر اليمينُ الباقية على أكثرهم حَظاً منها أو من الأيمان فإن جاءت الأختان والعصبةُ دون الأُم لم يكن لهم أن يأخذوا حظهم من الدية إلّا أن يحلفوا خمسين يميناً على ما قاله في الرواية من أن الأختين والعصبة يحلفون خمسين يميناً وثلثا

الدِّية للذان على عاقلتي الرجلين ميراث لِأبيه وأمه لأمه السُّدسُ ولأبيه الباقي بعد أَنْ يقسما خمسين يميناً لَمَاتَ من الجرح الذي أصابه به الرجلان ، تكون على الأُم منها سُدُسُ الأيمان ، وعلى الأب الباقِي منها ، فتحلفُ الأم ثمانية أيمان ويحلف الأَبُ إحدى وأربعين يميناً ، وتُجْبَرُ عليه اليمينُ الباقيةُ من الخمسين فسواء جَاؤُوا مجتمعين أو متفرقين لابد أنْ تحلفَ الأم مع الأب خمسين يميناً لَمَاتَ مِمَّا أصابه به الرجلان ، وتحلف الأم مع الأختين والعصبة خمسين يميناً لَمَاتَ مما أصابه به الأب .

وما في ظاهر أول المسألة من التفرقة بين أن يجيءَ أَهلُ الثلث وأهلُ الثلثين جميعاً أو مفترقين يقضي عليه ما في آخر المسألة .

وقولُ ابن القاسم إن الأب يحلِف على خلاف ما يحلف عليه العصبةُ والأختان وقولُه وتحلف الأم أنه مات من فعلهم كلهم معناه أنها تحلف مع العصبة والأختين سدس الخمسين يميناً كما يحلفون،وتحلف مع الأب سدس الخمسين يميناً أيضاً كما يحلف ، لأنها[٤] تحلف سدس الأيمان مرة واحدة أنه مات من فعلهم كلهم .

وقولُه من كان عليه كسرُ جَبرَهَا الظاهرُ منه أنَّ اليمينَ المنكسرة تُجْبَرَ على من كان حظه منها أكثر وهو الذي في الديات من المدونة ، وفي الموطأ رواية يحيـى أنها تجبر على من كان عليه أكثرُ الأيمان ، وفي رواية ابن القاسم وابنِ بكير مثلُ ما في المدونة ، فإِنّ استوى الورثة في الميراث فانكسرت عليهم يمينٌ أو أيمان مثل أن يكونوا ثلاثين من الإخوة فيجب على كل واحد منهم من الأيمان يمينٌ وثُلُثَا يمينٍ ، فقيل إنه يُجْبَرُ اليمينُ المنكسرة على كل واحد منهم فيحلفون يَمينَيْنِ يَمِنَيْنِ وهو قول ابنِ القاسم ، وقيل يحلفون يمينا يمينا ويقال لهم لابد من أن تأتوا بعشرين رجلاً منكم يحلفون يميناً يميناً ، وهو قول أشهب

---

(٤) كذ بالأصل « لأنها » وهو خطأ من الناسخ ، والصواب « لا أنها » .

فإن تشاحُوا على قوله فِيمَنْ يحلف منهم ، فقيل إنه يُقْرع بينهم وقيل : إنه يقال لهم لا تُعْطَونَ شيئاً إلاّ أن تحلفوا بقية الأيمان ، وهو قول ابنِ كنانة ، وإن كان عددُ العصبةِ أكثرَ من خمسين حلفوا كلهم يميناً يميناً على مذهب ابن القاسم ، وعلى مذهب أشهبَ يقال لهم لابد من أن تأتوا بخمسين منكم يحلفون يميناً يميناً فإن تَشَاحّوا في ذلك فعلى ما تقدم من الإسهام بينهم فيمن يحلف منهم ، أو من أن يقال لهم لا تعطونَ شيئاً حتى تأتوا منكم بخمسين يحلف كل واحدٍ منهم يميناً يميناً ، ولو كان الأخوةُ ثلاثةً لحلف كل واحدٍ منهم سبعة عشر يميناً على مذهب ابنِ القاسم ، وعلى مذهب أشهبَ يحلف كل واحد منهم ستةَ عشرَ يميناً ويقالُ لهم لابد من أن تأتوا برجلين منكم يحلفان يميناً يميناً ، فإن كان الورثة زوجاتٍ وبناتٍ وأخواتٍ وما أشبه ذلك من أهل السهام فلا يَخْتَلِفُ ابنُ القاسم وأشهبُ في قسم الايمان بين الزوجات والبنات والأخوات على سهام الميراث، وإنما يختلفان فيما حصل على كل فريق منهن من الأيمان إذا قسمت عليهن على ما تقدم من الاختلاف في قسمة الأيمان بين الإخوة وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك عن عبيدٍ وأحرارٍ وقعت عليهم الدية خطإٍ فكان ما على العَبيد من ذلك الثلثين وكان على الأحرار الثلث أو أدنى كيف الأمر في ذلك؟ .

فقال : يقال لِأرباب العبيد افتدروا عبيدَكم بما يقع عليهم من الدية في ثلاث سنين أو أسلِمُوهم فَأَيّ ذلك شاؤوا فعلوا ، قال سحنون : ويكون الثلث الذي وقع على الأحرار على عَوَاقِلِهِم في ثلاث سنين ، وإن كان الذي وقع عليهم أَقَلَّ من ثلث الدية فهو على العاقلة في ثلاث سنين ، قال ابن القاسم : وإذا كانوا ثلاثة أو أكثر

فوقع عليهم ثلاثتهم ثلث الدية فيصير على كل إنسان ثلثُ الثلث من الدية وهو تُسُعُ الدية فذلك تحمله العاقلة ، قال : ولم يكن الأحرارُ إلاَّ واحداً فوقع عليهم أكثرُ من الثلث أو أقل فهو على العاقلة في ثلاث سنين ، وكان على العبيدِ ما بقي منها ، يقال لأَرْبَابِهِمْ افتدوهم بما يقع عليهم من الدية في ثلاث سنين أو أسلِمُوهُمْ أي ذلك شاؤ ا فعلوا .

ويقسم ما يقع على العبيد على عددهم ولا يكون ذلك على قيمتهم فمن شاء من أربابِ العبيد أن يَفْدِيَ عبدَه بما يقع عليه من الدية وإن كانت قيمتُهُ أكثرَ مِمَّا وقع عليه فذلك له ، ومن شاء منهم أن يسلمه بما وقع عليه وإن كانتِ قِيمَتُهُ أقلَّ مما يقع عليه فذلك له .

قال محمد بن رشد : قولُ ابن القاسم في هذه الرواية إنَّ ما وقع على الأحرار من ثلث الدية فأكثر يكون على عواقلهم وإن كان أَقَلَّ من الثلث هو خلافُ روايته عن مالك مثلُ روايةِ أشهب عنه ، حكى اختلافَ قولِهِ في ذلك إبنُ المواز ، قال إن وقعَ على الأحرار أقلُّ من ثلث الدية فذلك في أموالهم ، قاله مالك مرةً وروى عنه أنَّ ذلك على العاقلة في ثلاث سنين ، وبه قال سحنون ، قال يحيى بن عمر: والأول رواية ابنِ القاسم والقولة الأخيرةُ رواها أشهبُ.

ولكلا القولين وجهٌ من النظر ، فوجه القول بأن ذلك على العاقلة القياسُ على ما اجمعوا عليه من أن الدية إذا وجبت على جماعة من الأحرار أنَّها على عواقلهم، وإن كان الذي يجب على كل واحد منهم أَقَلَّ من ثلثها، ووجه القول بأن ذلك في أموالهم هو أن الأصل كان أن لا يحملَ أحدٌ جنابةَ أحدٍ لقوله عز وجل : ﴿ وَلاَ تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إلاَّ عَلَيْهَا وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾(٥)

(٥) الآية ١٦٤ من سورة الأنعام .

وقوله عليه السلام لِأبي رَمْثَةَ[٦] في ابنه : لَا تَجْنِي عَلَيْهِ وَلَا يَجْنِي عَلَيْكَ ، فوجب أن لا يُخَصَّصَ من هذا العُمُومِ إلّا ما خصصته السنة والاجماع ، وهو الثلث من الدية فأكثرُ إذَا وقع على الواحد من الأحرار أو الجماعة منهم لأنهم في معنى الواحد لاستوائِهِم فيما يجب عليهم في ذلك .

وقولُهُ ما وقع على العبيد منها يكون أربابُهُم بالخيار بين أن يفتدوهم بذلك في ثلاث سنين أو يُسلموهم به هو خِلَافُ روايته عن مالك في المدونة في الحر والعبد يَصْطَدِمَانِ فيموتان جميعاً إن ثَمَنَ العبد في مال الحر ، ودية الحر في رقبة العبد، فإن كان في ثمن العبدِ فضلٌ عن دية الحر كان في مال الحُرِّ وإلَّالم يكن لسيـد العبد شيءٌ ، والذي يأتي في الحر والعبد يصطدمان على قول ابنِ القاسم في هذه الرواية ما قاله أصبغ في أول نوازله بعد هذا من هذا الكتاب أنه يكون في مال الحر قيمةُ العبد تُدْفَعُ إلى سيده ثم يقال لسيدِ العبد افتك قيمته بدية الحر أو اسلمها ، فإن أسلمها لم يكن لِوُلاة الحر غيرُها ، وإن إفتداها افتداها بجميع الدية ، معناه في ثلاث سنين ، إذ لو لم تكن مؤجلة لوجب أن يكون مقاصَّةً بالقيمة كما قال في المدونة ، والأظهرُ أن يكون مؤجلةً على ما قاله في هذه الرواية ، لأن ثمن المقتول خطأً دية مؤجلة فوجبَ أنْ لَا يُلْزَم السيدُ أكثرَ مما جنى عبدُهُ .

ومن كتاب القِبْلَةِ

وقال مالك في الذين تُعْرض عليهم الأيمان فِي القسامَة فينكلُون ثم يطلبون بعدُ ويقولون نحن نحلفُ .

---

(٦) كذا في الأصل : أبو رمثة ، وفي بداية المجتهد لابن رشد الحفيد أبو زمنة ، بالزاي والنون . وليس في الاصابة أبو زمنة وانما فيها أبو رمثة البلوي تحت عدد ٤١٣ وأبو رمثه التيمي تحت عدد ٤١٤ حرف الراء القسم الأول .

قال : كل من عرضت عليه اليمين : فأباها فقد أبطلَ حقَّه بتركه اليمينَ إلَّا أن يكونَ له في تركها عذر بين ، قال سحنون : يريدُ بالعذر مثلُ أن يزعموا أنَّ الميتَ عليه دَيْنٌ أو يكونَ أوصى بوصايا .

قال محمد بن رشد : لما سئل مالكٌ عن الذين تُعْرَضُ عليهم الأيمان في القسامة فينكلون ثم يطلبون بعدُ ويقولون نحن نحلف أجاب عن ذلك بجوابٍ عام في الحقوق والدماء أَنَّ كُلَّ من غرضت عليه اليمينُ فأباها فقد أبطل حقه بترك اليمين إلَّا أن يكون له في تركها عذر بين ففسَّر سحنون العذر الذي يكون له في الحقوق فقال يريد بالعذر مثل أن يزعموا أنَّ الميتَ عليه دينٌ أو يكون أوصى بوصايا ، وقول سحنون بين لأنه إذا أبى أن يحلف مع شاهده على حق يدعيه على الميت من أجل أنه قيل له إنه أوصى لغيره بوصايا ثم علم أنه ليس على الميت دين ولا أوصى بوصايا فمن حقه أن يرجع إلى اليمين ، لِأنه يقول إنما نكلت عنها من أجلِ محاصة الغرماء لِي في الدين أو من أجل محاصة أصحابِ الوصايا لي في الوصية ، وأما العذر الذي يكون لهم في نكولهم عن القسامة فعلى غير هذا لأن الدَّم إذا كان خطأً فإنما يستوجب الورثة بقسامتهم الديةَ على العاقلة ، وإن كان عمداً فإِنَّمَا يستوجب الأولياء بقسامتهم الاستقادَة من المقتول .

وقولُهُ إنَّ لهم أن يرجعوا إلى القسامة إن كان لهم عُذْرٌ يَتَبَيَّنُ به أن نكولَهُم عن القسامة لم يكن على وجه العفوَ في العمد ولا على ترك حقهم من الدية الخطأ ينبغي أن يُحمل على التفسير لما في كتاب الديات من المدونة .

ولابن نافع في المدنية ما ظاهِرُهُ أنَّ من نكل عن اليمين فله أن يرجع إليها ما لم يَرُدَّ اليمينَ على المطلوب ، ويلزم في القسامة مثلُ هذا على ظاهر قوله ، ولا اختلاف إذا نكل عن اليمين مع شاهده ، وردها على المطلوبِ أو نكل المطلوبُ عن اليمين إذا لم يكن للطالب شاهد فردها على الطالب أن ليس لواحدٍمنهما أن يرجع إلى اليمين ، ومثلُ هذا يقال في المقاسمة إنهم إذا

نكلوا عنها فردوا الأيمان فيها لم يكن لهم ان يرجعوا اليها باتفاق ، وسيأتي في أول رسم من سماع عيسى تحصيلُ الاختلاف على من ترجع الأيمانُ في القسامة إذَا رُدَّتْ في العمد والخطإ وفي أي موضع ترجع باتفاق وعلى اختلاف إن شاء الله تعالى .

ولو نَكَلُوا في القسامة عن الأيمان فردوها على المدَّعى عليهم فحلفوا فوجد الطالبون بينةً تشهد لهم على القتل لَجَرَى ذلك على الاختلافِ في الذي ينكل عن اليمين مع شاهده فيرد اليمينَ على المطلوب فيحلف ثم يجد شاهداً آخرَ أو شهوداً على حقه ، وقد مضى تحصيلُ الاختلاف في ذلك في أول عبْد إبْتَاعه فهو حرٌ من سماع يحيى من كتاب الشهادات .

مسألــة

قال مالك : من حُبِسَ في قتلِ خطإٍ أو عمدٍ ثم مات قبلَ أن يُقسم عليه إنَّه يبطلُ العمدُ ولا يقام عليه ولا يبطلُ الخطأُ يقسمون ويأخذون الدية ، وقد قيل لا يُحْبَسُ أَحَدٌ بقتل الخطأ .

قال محمد بن رشد : قولُهُ إذا مات المحبوسُ في دم العمد إنه يَبْطُلُ ولا يُقَامُ عليه يريد أنه لا يقام عليه حكمُهُ من أخذ الدية من ماله بعد القسامة عليه ، وأما القصاص فيستحيل أن يُقَامَ عليه بعد موته فلا معنى لقوله إنه لا يقام عليه الا ما ذكرته ، وهذا عندي على القول بأنَّه ليس لِوَلي المقتول أن يأخذ الدية من القاتل شاء أو أبى ، وهو قولُ ابن القاسم وروايته عن مالك ، وأما على القولِ بأن من حَقه أن يأخذ الدية منه شاء أو أبى وهو قولُ أشهبَ وأحدُ قولي مالك على ما ثبت من أن رسول اللّه صلى اللّه عليه وسلم قال : من قُتِلَ له قتيل فهو بُخَيَّرُ النَّظَرَيْنِ إمَّا أَنْ يَوَدِّي ، وإما أن يُقَادَ ، فلا يبطلُ الدمُ بموته قبلَ القسامة ويكون من حق الأولياء أَنْ يُقْسِمُوا بعد موته فيستحقون الديةَ في ماله .

وأما الدمُ الخطأ فلا إشكال ولا اختلافَ في أنه لا يبطل بموت القاتل

قبلَ القسامة عليه ، إذْ الحَقُّ في ذلك إنما هو على عاقلته ، وهو كرجل منهم فيما يلزمهم فيُؤخَذُ من ماله بعد موته ما يلزمه من ذلك .

وأما قولُهُ وقد قيل إنه لا يحبس أحد في قتل الخطَإ فليس ذلك باختلاف من القول ، ومعناه أنَّه لا يحبس فيه إذا كان مشهورَ العين فلم يحتج إلَى الشهادة على عينه ، وأما إذا لم يكن مشهور العين فإنه يحبس حتى يُشهد على عينه قال ذلك سحنون ، وقوله صحيحٌ ولا يبريه من الحبس ها هنا إلاَّ حَمِيلٌ بوجهه مَلِيٌ بالدية إنْ لم يُحْضِرْه وبالله التوفيق .

وَمِنْ كِتَابٍ أَوَّلُهُ بَاعَ سِلْعَةً سماها

وسئل عن رجل ربط رجلاً بحبل وَدَلَّاه في بئر وربط حبلاً آخرَ في خشبة فتدلى الرجلُ في البئر لِمَوْضِعِ حَمَامٍ يطلبه فانقطع الحبلُ الذي في الخشبة فخر هابطاً فخشي الرجلُ أن يَذْهَبَ به معه في البئر فخلى سبيلَ الحبل أَتَرَى عليه الدية ؟

قال : نعم ولا أَرَاهُ يُشْبِهُ السَّفِينَةَ وسئلَ عَنْ ثَلَاثَةِ مراكب أصابتهم الريحُ فأتى أحدُهُم فربط مركبَه بصَخْرة ثم أتى الآخرُ فربط بتلك الصخر ، ثم أتى الآخر بعده فوضع قلعة قبل أن يَبْلُغهما ثم نزل رَجُلَانِ منهما بحبلين إلى المركبين فسأل أحدهما أن يربط له مركبه بحبله وأبى وقالوا إنَّا نخاف الغرق ، ثم سأل الآخر فأبى ثم كلموهم فقال صاحبُ المركب اللهم إني إنَّمَا أربطه لك فجرَّه المركبُ الذي كان في الغرق حتى كَادُوا أن يغرقوا فلما رَأوا ذلك سَرَّحُوا المركب فذهب وغرق كلُّ من كان فيه ، أترى على الذين سرحوهُ شيئاً .

قال : ما أرى ذلك ، قد أرادُوا خيراً حتى خافوا الهلاك فلا أرى عليه شيئاً .

قال محمد بن رشد : قولُهُ في الذي ربط الرجلَ في حبلٍ وَدَلَّاهُ في بئر فلما انقطع الحبلُ الآخرُ الذي ربطه في الخشبة فخشِيَ أن يذهب معه فخلى سبيلَ الحبل فمات إنَّ عليه الدية ولا يُشبه السفينَةَ يريد بِالسَّفِينَة المسألة التي ذكر بعدها ، والفرقُ بينهما بينٌ لِأنَّ هذا غَرَّ الرجلَ الهابِطَ في البئر بإمساكه أحَدَ الحبلين اللذين تأمر بهما في البئر ، فوجب عليه الضمانُ بتسريحه الحَبْلَ بما زَعَمَ من أنَّه خافَه على نفسه والدية في هذا عليه في ماله لَيْسَ على العاقلة ، لِأن فيه شبهة من العمد ، وأما صاحبُ المركَب الذي ربط بمركبه المركب الذي كان في الغرق فلم يَغرّه بما فعل ، وإنما فعلَ ما فعل لِلَّه تعالى رجاء أن ينجيه من الغرق فلما خَشِيَ أن يذهب مركبُهُ سَرَّحَه فلم يكن عليه شيءٌ إذْ لَوْ لَمْ يربطه بمركبه ابتداءً لَغَرِقَ كما غرق ، فلم يضره ربطُهُ بمركبِهِ وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن عبدٍ تزوج حُرَّةَ فولدت غلاماً وكبر حتى بلغ نحواً من عشر سنين أو قريباً منها وكان يسكن القلزم فركب البحر يريد الجاز ، فحمل ابنَه في المركب ولم يستأذن أُمَّه فيه فغرق المركبُ فغَرِق الغلامُ وَنَجا أَبُوه فقامت أُمُّه وأولياءُ أمه يتكلمون في ذلك ويريدون أَخْذَ العبدِ فيما حملَ ابنه في المركب.

فقال مالكٌ : لا أرى عليه في ذلك شيئاً .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، إذْ لم يَمُتْ في البحر بجنايةٍ من أبيه عليه في ذلك ، لأن الله تعالى قد أَبَاح ركوبَه بدليل قوله : ﴿ هُوَ الَّذِيْ

يُسَيِّرُكُم فِي البَرِّ والبَحْرِ ﴾[٧] لأنه يَبْعُدُ أنَّ لعَدَدِ الله من نعمه على عباده ما حَظَرَهُ عليهم ، فإنما فعل أبوه ما يجوز له ، فوجب أن لا يكونَ بذلك جانياً عليه ، وبالله التوفيق .

وَمِنْ كِتَابِ شكَّ فِي طَوَافِهِ

وسئل مالكٌ عن رجل صَالَحَ في دَم على أن يُعْطيَ في كل سنة كذا وكذا وكان شرطُه أن يُعْطَاهَا جملةً قال الذي عليه الإِبلِ آتيك بها رسلاً رسلاً يتبع بعضُها بعضاً ، قال الآخرُ الذي له الإِبلُ أنا على شَرْطِي أَنْ لَا آخذَها إلَّا جُمْلَةً واحدةً .

قال مالك : ما أرى بأساً يأخذها كما قال رسلاً رسلاً ، فَرَدَّ عليه فرأى أن يعمل به ، قيل له إنما شرط عليه في سنة ولم يسمها في شهر منها ، قال : أرى أن يعطيه في وسطها يعني السنةَ .

قال محمد بن رشد : إنما وقع في الذي صالح في الدم على أن يُعْطَى كذا وكذا من الإبل في كل سـنة جُمْلَةً فأراد الذي عليه الابن أَنْ يأتِيَ بها رسلاً رسلاً يتبع بعضُها بعضاً إنَّ ذلك له لقول الله تعالى : ﴿ **فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فاتبَاعٌ بالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بإحْسَانٍ** ﴾[٨] فرأى أنَّ من الاتباع بالمعروف والأداء بإحسانٍ الذي أَمَرَ اللهُ تعالى به ما دَعَا إليه الذي عليه الإبلُ أَنْ يأتي بها رسلاً رسلاً وإذا كان من حَقِّ الذي عليه الحَقُّ إذا حَلَّ عليه الحقّ وأعسر به يُؤَجَّل فيه بالاجتهاد على ما مضى في أول سَمَاع ابنِ القاسم من

---

(٧) الآية ٢٢ من سورة يونس .

(٨) الآية ١٧٨ من سورة البقرة .

كتاب المكاتب كان أَحْرَى أن يكون الذي عليه الإبل في هذه المسألة ما دَعَا إليه من أن يأتي بالإبل رسلاً رسلاً .

وقولُه ما أرى بأساً أن يأخذها كما قالَ رسلاً رسلاً معناه لا أرى بَأْساً بالقضاء بذلك إذ لا إشكال في أنه لا بأس أن يأخذها رسلاً رسلاً ولو كان من حقه أن يأخذها جملة واحدة .

وأما قولُه إنه يُعطيه إياها في وسط السنة إذْ لَمْ يُسم أولها وَلاَ آخِرَها ففيه دليلٌ على أنَّ من باع من رجل بيعاً على أَنْ يقضيه الثمن في شهر كذا أو في سنة كذا أنه بَيْعٌ جائزٌ ويحل عليه الثمن في وسط الشهر أو في وسط السنة خلافُ ما يُروى عن ابن لُبَابَة من أنه قال : البيعُ على هذا فاسدٌ لأنه أجلٌ مجهول ، وقد أجاز في المدونة وغيرِها البيعَ إلى الحصاد والجداد وجعله أَجَلاً معلوماً يَحِلُّ على المشتري في عُظْمِ الحَصاد والجداد ، وكذلك لو باعه على أن يحل عليه الثمنُ في الحصاد والجداد ، فسواء باعه على أن يؤدي اليه في الحصَاد والجداد في عظمى الحصاد والجداد إذْ ليس لأول الحصاد والجداد من آخره حَدٌّ معلوم محصور فيحمل في الوجهين جميعاً على عُظْمِهِ ، بخلافِ الشهرِ إذا باعه على أن يعطيه الثمن في شهر كذا جاز البيع وحلَّ عليه الثمن في وسطه بدليل هذه الرواية من جهة المعنى أنَّ الشهرَ لَمَّا كان أولُه من آخره معلوماً كان وسطُه معروفاً يُقْضَى بِحلول الثمن عنده ، وإذا باعه إلى شهر كذا وكذا حَلَّ عليه الثمنُ بحلوله لأن إلى غايةٌ وهذا بينٌ والحمد لله .

مسألــة

وسئل عن الرجل يحمل الغلامَ على دابته ابن اثنتي عشرة سنة إلى الماء يسقيها أو حيازة يخرج اليها وما أشبه ذلك فيُصَابُ ،

قال : أرى إن اتبع كان ذلك عليه ، قلت له : فالرجلُ يَأمُرُ يتيماً عنده أو ابنَ أخيه يركب دابته ؟ قال : أراه مثلَه إن اتبع كان

ضَامِناً له ، قلت : أتراه على العاقلة ؟ قال : نعم ، قال مالك : وعندنا قومٌ يأمرُون الغِلْمَان أنْ يَرقُوا النخلَ فيُصَاب أحدُهم فهذا مثلُه .

قال محمد بن رشد : هذا مثلُ ما في المدونة سواء أنه خَطَأٌ والدية فيه على العاقلة ، وهو كما قال ، لأنه إذا كان المباشرُ للقتل خطأً لا يكون الديةُ عليه وتكون على العاقلة كان هذا أحْرى أَنْ تكون الديةُ فيه على العاقلة ، وذلك عندي بخلاف الذي دلَّى الرجل في البئر بالحبل ثم أرسله لَمَّا خَشِي على نفسه على ما تقدم في الرسم الذي قبلَ هذا ولو وَطِىء الصبيُ بالدابة على رجل لكانت ديتُه على عاقلة الصبي قال في المدونة : ولا ترجع عاقلة الصبي على عاقلة الرجل ، وقال أشهبُ إنها ترجع عليه وبالله التوفيق .

ومن كتاب الشجرة

وسئل مالكٌ عن رجل ضربه رجلَانِ فادعـى الرجلُ وَذَكَرَ أنَّ فلاناً وفلاناً ضرباهَ وَأَن أحدَهُما لم يجرَحه والآخر هو الذي جرحه وقتله ، فَحُبِسَا فصالحَ أولياءُ الضارب الذي ادعى عليه بالقتل أولياءَ المقتولِ على ثلثي الدية وكانت له أُمٌّ فقال أولياءُ القاتل كيف أصالحكم وتَمَّ أُمُّهُ ؟ فقال أولياءُ المقتول صالحونا ونحن نبريكم من أُمِّه، ففعلوا فَأَتَوا الأمَّ فأبت أن تصالح أو تعفو إلاَّ أن يُتِمُّوا الديةَ أو يقوم بالدم .

قال : ذلك لها ، قيل له : فلا ينفعُ صلحُ الأولياء ؟ قال : لا ، قيل له : فإنَّ الأم قد ماتت ؟ قال : فورثَتُها يقومون بالذي كان لها من ذلك ، إن شاؤا صالحوا وإن شَاؤا قَامُوا بالدم ولا يَنْفَعُ ما صالحَ عليه الأولياء .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسألة أنَّ صُلح الأولياء بما صالحوا عليه به من ثلثي الدية إنما كان بعد أَنْ أقسموا واستحقوا الدم بِقَسامَتِهم ، ولو كان صلحُهم قبلَ أن يقسموا لم يكن للأم في ذلك كلامٌ بوجهٍ ، إذ لا سبيل الى قتلٍ دون قسامة .

وقولُه إنَّ الأم أَحَقُّ بالقيام بالدم من العصبة وإن كان الدمُ إنما ثبت بقسامتهم هو مذهبه في المدونة أنَّ الدم سواء ثبت ببينة أو بقسامة إذا كان الأولياء بنات وإخوة وأخوات وعصبة أو أُمّا وعصبة فمن قام بالدم من البنات والإخوة أو الأخوات والعصبة أو الأم والعصبة فهو أَحَقُّ فمن عفا ولا عَفْو إلا بالإجتماع منهم على العفو .

وفي المسألة ثلاثة أقوال **أحدها** هذا وهو مذهبه في المدونة **والثاني** أن هذا إنما يكون إذا ثبت الدمُ ببينة، وأَمَّا إذا ثبت بقسامة العصبة فلا حق للنساء معهم في عفو ولا قيام لأنهم هم الذين استحقوا الدم بقسامتهم ، وهو قول ابن القاسم ومذهبه في رسم الجواب من سماع عيسى بعد هذا من هذا الكتاب **والثالث** أنه إن ثبت الدمُ ببينة فالنساءُ أحقُّ بالعفو والقَوَد من العصبة لأنهن أقرب منهم ، فلا حقَّ للعصبة معهن إذا لم يثبت الدم بقسامتهم ، ولو ثبت بقسامتهم فمن قام بالدم كان أحق به ولا عفو إلا باجتماعهم والله الموفق .

مسألــة

وسئل عَن رجلٍ كان بينه وبين رجلين قتالٌ فأُتِيَ وبه أَثَرُ ضَرب وجِرَاح فزعم أنَّ فلاناً وفلان قتلاه وأنه قد أَثَّر فيهما في مواضع سماها ، وأنهما اللذان عَمِلاَ به هذا ، فأقام نحواً من يومين حياً ثم مات .

قال مالك : أرى أن يسجنا حتى يكشف أمرهما وإنه ليستحب

في مثل هذا أن يصطلحوا فأما القِصَاصُ في مثل هذا فلا أعلمه.

قال محمد بن رشد: إنما استحَبَّ في هذا الصلحَ بعد الكشف فيه والبحث ولم يَرَ القصاص فيه بالقسامة وإن كان مذهبُه أن قول المقتول دمى عند فلان لوثٌ يُوجِبُ القسامة والقود من أجل ما ذكره من أنه قاتلها فأثَّر فيهما فدل ذلك على أنَّه أراد قتلها كما أرادا قتله فاتهمه - في تدميته عليهما من أجل ذلك، وقد رُوي عنه أنه لا قسامة فيمن قتل بين الصفين، فقيل معنى ذلك بالتدمية من أجْل أنهم تقاتلوا على زَحْلٍ وعَدَاوة، فلم يقبل تدْمية مَنْ دمى من أحد الطائفتين على أحد من الطائفة الأُخرى من أَجْل ما بينهم من الزَّحْلِ والعداوة، وهذا أَحْرَى لظُهور العداوة بين المُدَمِّي والمدَمَّى عليهما بأعيانهما، وقيل معنى قولِه إنه لا قسامة فيمن قُتِلَ بين الصفين بحال إلَّا بقول المقتول ولا بشاهدٍ عَلَى القتل، وهو قولُ ابنِ القاسم مِن رواية سحنون عنه في رسم الجواب من سماع عيسى من هذا الكتاب، وقيل معنى قوله: إنه لا قسامة بينهم بدعوى أولياء المقتول على الطائفة التي نَازَعَتْ طائفَتَهُ وأما إذا دمى المقتولُ على واحدٍ منهم أو شهد عليه بالقتل شاهدٌ واحدٌ فالقَسَامَة في ذلك واجبةٌ، وهو قولُ ابنِ القاسم أيضاً من رواية عيسى عنه في رسم الجواب المذكور، وقول مطرف وابنِ الماجشون وأصبغ في الواضحة وقولُ أشهب في المجموعة، قال: لأن كونَه بين الصفين لم يَزِدْ دَعْواه إلَّا قُوَّة، قال ابنُ المواز: وإلى هذا رجع ابنُ القاسم بعد أَنْ كان يقولُ لَا قسامَة فيمن قُتِل بين الصفين بدعوى المقتول ولا بشاهد، ويحتمل أنْ يريد بقوله ولا بشاهد إذا كان الشاهدُ من طائفة المُدَمِّي لأنه لا تجوز شهادةُ أحد من إحدى الطائفتين على أحدٍ مِن الطائفة الأخرى، وإذا كان من إحدى الطائفتين على ما حكى ابنُ حبيب في الواضحة من أنه إذا جرح أحد منهم فَعَقْلُ جُرْحِه على الطائفة التي نازعته، وليس له أَنْ يقتص من أحدٍ بقوله إلَّا أن يكون له شاهدٌ على ذلك من غير الطائفتين، فيحلفُ مع شَاهِدِهِ من غير الطائفتين، وأما مع شاهد من طائفة القاتل فيجري ذلك على الإختلاف في القسامة مع الشاهد الذي ليس بعدل، وأما مع شاهد من طائفة المقتول فلا

إشكال في أن القسامة لا تكون معه وقد قال ابنُ المواز في قولِ ابنِ القاسم إنَّه لا قسامة فيمن قتل بين الصفين بقولِ المقتول ولا بشاهد على القتل أنَّه خطأ لأنه حَمَلَ قولَه على ظاهره من أنَّ القسامة لا تكون فيمن قتل بين الصفين بحالٍ وإن كان الشاهدُ الذي شَهِدَ على القتل من غير الطائفتين ، وتأويلُ قولِه أولى من تخطِئَته وبالله التوفيق .

وَمِنْ كِتَابِ حَلَفَ لَيَرْفَعَنَّ أمراً

وسئل مالك عن صبيين رمى أحدُهما صاحبَه بحجر فَنُزِيَ في رميته فمات فضمِنَ عمُّه الديةَ عنه ثم رُفع ذلك إلى السلطانِ فقال له السلطان ليس ذلك عليك ، وإنما ذلك على العاقلة وإنَّ عمدَ الصبي خطأٌ فضمن ذلك العاقلة وكتب بذلك كِتاباً إِلَىٰ السلطان الذي في ناحيتهم فضمنهم ذلك وأخذ منهم أولَ نَجْم والثاني ، ثم إن عاقلة صاحبِ الغلامِ لَقُوا الرجلَ الذي كان ضمن لهم عَمَّ الغلام بعد أخذهم نحواً من ثلثي العقل .

قال مالك : ليس ذلك لهم إذا كانوا قد رَضُوا واقتضَوْا فلا أرى شيئاً يلزمك وليس عليك شيء .

قال محمد بن رشد: قولُه في هذه المسألة ثم إنَّ عاقلَة صاحب الغلام لقُوا الرجلَ الذي كان ضمن لهم عَمَّ الغلام كلامٌ فيه التباس لأنه عَبَّر عن الورثة بالعاقلة تجاوزاً أو أَضْمَرَ وقدَّم وأخَّر، ووجه الكلام أن يقول ثم إنَّ ورثة الغلام المقتول صاحب الغلام القاتل لقُوا الرجل عمَّ الغلامِ القاتل الذي كان ضمن لهم ، والمسألةُ فيها نَظَرٌ لأنَّ الأمْرَ إذا رُفعَ إلى السلطان فحكم بإسقاط الضمان عن العم وأَلزَمَ العاقلة الديةَ وكتب بذلك كتاباً إلى السلطان الذي في ناحيتهم فقد لَزِمَ الورثةَ اتباعُ العاقلَة وسقط طلبُهم عن العم ، لأن الحكم قد

فسخَ الضمانَ عنه وإن لم يرضوا ولا قبضوا لأنَّه حُكْمٌ يَلْزَمُهم فالمعنى إنما هو أنَّ العَمَّ هو الذي رفع الأمْرَ إلى السلطان وقال له إني ضمنت الدية عن ابن أخي وأنا أَظُنّ أنها لازمة له ، فقال له : ليس ذلك عليك لأنها إنما تجب على العاقلة ، فَضَمنَّ العاقلةَ إياها وكتب بذلك كتاباً الى السلطان الذي من ناحيتهم دون أَنْ يحضر ورثةُ المقتول وتسمع حجتهم ، فإن لم يُقِرُّوا له بما ادعـا من أنه ظن أنها كانت لازمةً لابن أخيه استحلفه على ذلك ونفذ حكمه بإسقاط الطلب عنه وتضمين العاقلة للدية ، فلما قَصَّرَ في ذلك بقيَ الورثة على حجتهم ، وكان لهم إتباعُ العم بما ضمن لهم إلاَّ أن يَبِينَ رضاهم باتباع العاقلة واسقاط طلبهم للعم بقبض بعضِ النجوم من العاقلةِ كما قال في الرواية ، ولو لم يرضوا ولا قبضوا من النجوم ما يَتَبَيَّنُ به رضاهم لكان من حقهم أَخْذُ العم بما ضَمِنَ لهم .

إلاَّ أن يقول لم أعلم أنَّ الدية على العاقلة وظننت أنَّهَا على ابنِ أخي فيكون القول قوله في ذلك مع يمينه إذا كان يشبه أَنْ يجهل ذلك ، لأنه محمولٌ على غير العلم حتى يثبت عليه العلم ، أَوْ يكون ممن لا يجهل مثلَ هذا على ظاهر الرواية وما في كتاب الصلح من المُدَوَّنَةِ ، وقد قال ابنُ المواز يلزمه ما ضمن حتى يعرف أنه جهل وظن أن الدية على ابن أخيه ، قال ابنُ الموَّاز وأما إذَا ردَّ ذلك على العاقلة فقد لَزِمَهُم ، والذي قاله ابنُ المواز صحيحٌ اذا رُدَّت الديةُ على العاقلة بحكم تَامٍّ صحيح وأما إذا لم يَتِمَّ الحكمُ على وجهه فما قاله في الرواية من أن الورثةَ لا يلزمهم اتباع العاقلة الا أن يرضوا بين على مَا بيناه وكذلك لو حملت العاقلةُ شيئاً ظَنَّتِ أنه يَلْزَمُهَا ثم رجعوا فلهم الرجوع ما لم يَطُلْ الأمرُ بعد الدفع السنين الكثيرة التي يُرَى فيها أن قد علموا ذلك ، قاله في كتاب ابن المواز والله الموفق .

ومن كتاب تأخِيرِ صَلاَةِ العِشَاءِ

وسئل مالكٌ عن امرأة نزل بها رجل فمات فجاءت فاتهمت به فَجَاءَ وَلِيُّه يسأل مالكاً عن ذلك ويتهمها ويقول إني اتهمتُها بوجهٍ لا أَسْتَطِيعُ بَتّه .

قال مالك : أرى أنْ يكشفَ أمرُها فإنْ كانت غيرَ متهمة لم أرَ أنْ تُحْبَسَ يوماً واحداً ويُخَلَّى سبيلُهَا ، فقيل له أَتُهَدَّدُ ؟ فقال : لا أرى ذلك إذا كانت غيرَ متهمة ، قال ابن القاسم : فإن كانت متهمة حبست ولم يُعَجَّل تسريحها لعلها لا يعثر عليها بشيء ، فإن لم يوجد شيء وطال حبسها استحلفت خَمْسِينَ يميناً وخُلِّيَ سبيلها .

قال محمد بن رشد : ذهب بعض أهل النظر إلى أنَّ رواية ابنِ القاسم عن مالك في هذه الرواية فإن كانت غيرَ متهمة لم أرَ أَنْ تُحْبَسَ يوماً واحداً مثلُ قوله في المدونة في الذي يدعي قِبَلَ الرجل حدّاً من الحدود فيقدمه إلى القاضي ويقول بَيِّنَتِي حَاضِرَةٌ أجيكَ بها غداً أو العشية إنَّ ذلك إن كان قريباً أَوْقَفَهُ ولم يحبسه إنْ رَأى لذلك وجهاً وكان امراً قريباً خلافُ قوله في سماع عبد الملك بن الحسن بعد هذا من هذا الكتاب : إنَّ غيرَ المتهم لا يحبس في الدم إلَّا الأمرَ القريبَ اليومَ واليومين والثلاثة ، والذي أقول به أنّ ذلك ليس باختلافٍ من القول ، والفرقُ بين هذه المسألة وبين مسألة سماع عبد الملك أنَّ الطالب في مسألة عبد الملك ذَكَرَ أنَّ له بينةً على ما ادعاه عليه من القتل وسأل ان يحبس حتى يأتي ببينة ، ولم يسأل ذلك الطالبُ في هذه المسألة ، ولو سأل ذلك لكان من حقه أن يحبس اليوم واليومين والثلاثة كما قال ابنُ القاسم في سماع عبد الملك ، لأن الدم شديد يلزم فيه من الشدة والأخذِ بالشبهة ما لا يلزم في غيره ، وإنما لم يَرَ في مسألة المدونة على المدعي عليه السجن بمجرد الدعوى وإن قال الطالبُ إنَّ له بينةً عَلَى دَعْوَاهُ لأنه إنَّما سأله على

الحدود لا على القتل ، والحدودُ بخلافِ القتلِ لأنها تُدْرَأُ بالشُّبُهَاتِ فالحدودُ التي تُدْرَأُ بالشبهات لا يسجن المدعي عليه فيها لِمجرد الدعوى على ما قاله في المدونة ، والقتلُ بخلاف ذلك إذا قال المدعي إنَّ له بينةً على دعواهُ حُبِسَ بمجرد الدعوى اليوم واليومين والثلاثة إن لَم يتهم ، وان كان من أهل التهم حبس الشهر ونحوه ، وإن قويت عليه التهمة بما اشبه به عليه معالم يتحقق تحققاً يوجب القسامة حُبس الحبس الطويل ، قال ابن حبيب في الواضحة : حتى يتبين براءته أو يأتي عليه السنون الكثيرة ، قال مالك : ولقد كان الرجل يحبس في الدم باللطخ والشبهة حتى إن أهله ليتمنون له الموت من طول حبسه، ويحتمل أن يقول إنه إنْ كان المدعي عليه القتل ممن لا تقع عليه التهمة للمعرفة بحاله لم يسجن بمجرد الدعوى ، وإن ادعى الطالب أن له بينة على ما ادعاه على ما قاله مالك في هذه الرواية ، وإن كان المدعي عليه القتل ممن لا تقع عليه التهمة للجهل بحاله سجن بمجرد الدعوى اليوم واليومين والثلاثة إذا ادعى الطَّالب أنَّ لَهُ بينةً على دعواه على ما قاله في سماع عبد الملك ، فهذا وجهٌ يُمْكن أن يفرق به بين المسألتين ولا يُجعَلَ ذلك اختلافاً من القولِ ، ويحتمل أن يُفَرَّق بين هذه الرواية وبين ما في سماع عبد الملك أنَّه لم يحقق الدعوى في هذه الرواية وحققه في سماع عبد الملك .

وفي قَوله في الرواية إنها لا تُهَدَّدُ إذا كانت غير متهمة دليلٌ على أنها تهدد إذا كانت متهمة ، والوجه في ذلك أنها قد تُقِرُّ إذا هددت فتتمادى على الإقرار بعد ذلك وهي آمنـةٌ فتؤخذ به ما لم ترجع عنه ، إذْ لا يلزمها الإقرارُ بالتهديد .

وقوله في المُتهمة إنها تُسْتَحْلَفُ خميس يميناً ويخَلَّى سبيلُها إذا طَالَ حبسها. مثله في سماع أبي زيد وهو مبين لما سكت عنه من ذلك في سماع عبد الملك وبالله التوفيق .

ومن كتاب البز

وسئل مالك عن امرأة يكون لها الصبي فَتُصِيبُهُ القُرُوحُ في حلقــه فَتَسْقِيهِ أُمُّهُ الدواءَ فَيَشْرق به فيموت أترى عليها كفارة ؟

فقال: لا ، ثم قال أما أن أراه واجباً عليها أو قضاءً عليها فلا ، وكذلك الطبيبُ مثلُهَا يسقى الدواءة الرجلَ فيموت فلا أرى عليه شيئاً ، وإن كانا مُوسرين فإذا أرادَا أَنْ يفعلا ذلك من غير أنْ رَآهُ عليهما واجباً فهو حَسَنٌ .

قال محمد بن رشد : إنما لم يَرَ الكفارةَ واجبةً على الأُم التي سقت ابنها الدواءَ فشرق به فمات لِأنها فعلت ما يجوز لها من سقيها إياه الدواءَ فلا فرق بين أن يشرق به فيموت أو بالطعام الذي تطعمه إياه او بالماء تسقيه إياه .

ولو أخطأت عليه فسقته دواء لا يوافقه فمات منه لوجبت عليها الكفارة ، وكذلك الطبيبُ إذا أخطأ على المريض فسقـاه ما لاَ يُوافق مرضه فمات لكانت عليه الكفارة ، بخلاف إذا سقاه ما يوافق مرضه فمات ، لِأنه إذا سقاه ما يوافق مرضه فمات لم يخط كما لم تخط المرأة على ولدها في سقيها إياه الدواء الذي شرق به فمات .

والديةُ تابعةٌ للكفارة تجب على العاقلة في المكان الذي تجب فيه الكفارة وتسقط في المكان الذي تسقط فيه الكفارة ، وقد مضى الكلامُ على هذه المسألة مستوفاً في رسم كتب عليه ذُكر حق من سماع ابنِ القاسم من كتاب السلطان وتأتي المسألة ايضاً في رسم المَجَالِس من سماع أصبغ من هذا الكتاب وبالله التوفيق .

وَمِنْ كَتاب بَاعَ غُلَاماً

وسُئِل مالكٌ عن الحِمْلِ الذي يسقط على الجارية، قال: أراه ضامناً على الجَمَّالِ إذا كان حُرّاً فعليه ، وإن كان مملوكاً كان ذلك في رقبته إلاَ أن يفديه سيده بِقِيمَتِهَا .

قال محمد بن رشد : يريد مسألة المدونة في الجَمَّالِ الذي حَمَلَ على بعير عِدْلين فسار بهما وسقط الزقاق فانقطَعَ الحَبْلُ فسقط أحدُ العِدْلَيْنِ على جارية فقتلها والحمل لغيره ولكنه أجير حَمَّالٌ .

قال مالك : أراه ضَامِنَاً ولاَ شيء على صاحب البعير فَبَيَّن هَا هَنا وجهَ الضمان الذي أجمَلَه في المدونة فقال : إن كان حُرّاً فعليه ، يريد إن كان الجَمَّال حُراً فعليه قيمة الجَارِيَةِ وإن كان مملوكاً كان ذلك في رقبته ، وذلك بَيِّنٌ على ما قاله لأن الجِنَايَةَ عَلَى العبدِ وَالأمَةِ تستوي فيما يلزم من ضمانها العمد والخطأ ، ولو كانت الجاريةُ حُرَّةً لكانت الدية في ذلك على عاقلة الجَمَّالِ إن كان حُراً وفي رقبته إن كان عبداً يفديه سيدُهُ بها أو يسلمه ، وقد مضى في آخر الرسم الأول ذكرُ الإختلاف هل يفديه بالدية حالة أو مُؤَجَّلَةً فلا معنى لاعادته .

وَمِنْ كِتَاب سَنَّ رسول الله صلى الله عليه وسلم

قَالَ ابنُ القاسم في السِّنِّ إذا أُصِيبَتْ فاصفرت فإنها تُعْقَلُ بقدر شَيْنِهَا وليس فيها العقلُ كاملاً حتى تَسْوَدَّ وكذلك إذا تغيرت فليس فيها العقل حتى تَسْوَد .

قال محمد بن رشد: هذا من قول ابن القاسم يُبين مذهبه في

المدونة ، إذ لم يعط في المدونة عن هذا جواباً بيّناً ، ورَدَّ الأمرَ فيه إلى النكر فقال : ما سمعنا من مالك إلاَّ إذا اسودت فقد تم عقلها فلا أدري ما الخضرة أو الحمرة أو الصفرة أَنْ كان ذلك مثل السواد ؟ فقد تَمَّ عقلُهَا وإلاّ فعلى حساب ما نَقَصَ . وقال أصبغُ مثلَ قولِ ابنِ القاسم في هذه الرواية ليسَ ذَلِكَ مثلَ السواد إنما فيهِ حُكُومَةٌ باجتهادِ الإمام إلاَّ أَنَّ له في إخضرارِهَا أكثر مما نالَهُ في إحمِرَارها ، وله في إحمرارها أكثرُ مما له في اصفرارها وبالله التوفيق .

ومن كتاب اغتسَلَ من غير نية

وسئل عن الرجل يضرب الرجلَ الرأس فيمكثُ مغموراً لَا يفيق وقد شَهِدَ على ضربه ثم يموت ، فقال إذا غمر فكان للموت ثُمَّ مات فلا قسامة فيه ، وليست القسامةُ إلاَّ فيمن أفاق أو طَعِمَ أو فتح عينه وتكلم وما أشبه ذلك .

قال محمد بن رشد : مثلُ هذا في المدونة ، أنَّه إذا مات تحت الضرب أو بقي بعدَ الضرب مغموراً لم يأكل ولم يشرب ولم يتكلم ولم يفق حتى مات ، فهذا الذي لا قسامة فيه وأما مَنْ أكلَ وشرب وعاش ثم مات بعدَ ذلك ففيه القسامة لِأنه لا يؤمن من أن يكون إنما مات من أمْرٍ عَرَضَ له مرض او غير ذلك ، وهذا ما لم ينفذ له مقتل وأما إذا نفد له مقتلٌ بما أصيبَ به فلا قسامة فيه وإن عاش بعد ذلك وتكلم وشرب وأكل كما أنَّ البهيمة إذا أصاب السبع لها مقتلاً فلا تُذَكَّى ولا تُؤكل باتفاق ، وإن كانت الحياةُ فيها بينةً ، وإنما اختلف إذا لم يُصَبْ لها مقتلٌ إلاَّ أنها قد بلغت من ذلك إلى حد يعلم أنها لا تعيش منه ، وقد مضىٰ بيان ذلك والقولُ فيه وفي المقاتِل ما هي مستوفى في أول رسم من سماع أشهب من كتاب الضحايا وبالله التوفيق لا شريك له .

ومن سماع أشهب وابن نافع عن مالك

قال وسئل مالكٌ عن الرجل يقتل الرجلَ بالعصا فَيُمَكَّنُ منه وليُ المقتول أيقتله **بالعصا** أو بالسيف ؟

قال ذلك له ، إن شاء قتله بالسيف وإن شاء قتله بالعصا ، وقد سمعت ذلك أنَّه يُقتلُ بالعصا ، قيل له : أفله أن يقتله بالعصا ؟ قال : نعم إذا ضربه ضربةً واحدة يُجْهِزُ عليه فيها لا يكون شيئاً مختلفاً يقطع عليه الضرب ولا يجهز عليه ، فأما إذا كان هكذا يضرب ضربات فلا .

قال محمد بن رشد : هذا مثلُ ما في المدونة أنه يقتل بمثل ما قتل مِن عصا أو حجر أو خنق أو تغريق في نهر أو بِسُم ٍ وكذلك النارُ على قياس قوله في السم خلاف قولِ أصبغ إنه لا يُقَادُ بالسم ولا بالنار ، وسيأتي بيانُ هذا في سماع عبد الملك ، وقال فيها : إنه إن كان ضربه عَصَوَيْنِ فضرب القاتلَ عَصَوْيْنِ فلم يمت إنه يضرب بالعصا يريد مع أن يقصد بكل ضربةٍ منها الإجهاز عليه كما قال في هذه الرواية فَبَعْضُ ذلك يفسر بعضاً لا اختلاف في شيء من ذلك ، والحجةُ لِمَالك فيما ذهب إليه من أن القاتلُ يقتل بمثل القتلة التي قتَلَ بها اتباعُ ظاهر قول الله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِي القِصَاصِ حَيَاةٌ ﴾[٩] لأن القصاص إنما أُخِذَ من قَصِّ الأثر وهو اتباعه ، فكان المعنى أن يُتَّبَع الجارحُ والقاتلُ فيُفْعَلُ به ما فَعَلَ بالمجروح والمقتول ، وقد جاء في السنة بيان ذلك وهو ما روى قتادة عن أنس أن يهودياً رض رأس صبي بين حَجَرَيْنِ فأمرَ النبيُ صلى الله عليه وسلم أن يُرَضَّ رأسه بين حجرين ، وهو ما روى هشام بن زيد

---

(٩) الآية ١٧٩ من سورة البقرة .

عن أنس بن مالك قال عَـدَا يهودي في عَهْد رسول الله صلى الله عليه وسلم على جارية فأخذ أوضاحا كانت عليها وَرَضَّ رَأْسَهَا فأتى بها أهلُها رسولَ الله صلى الله عليه وسلم وهي في آخر زمن وقد أَصْمَتَتْ فقال لها رسولُ الله صلى الله عليه وسلم من قتلكِ أفلان ؟ لغير الذي قتلها ، فأشارت برأسها أَنْ لا ، قيل لرجل آخر غير الذي قتلها فأشارت برأسها أن لا ، فقال لفلان لقاتلها فأشارت أن نعم ، فأمر به رسولُ الله صلى الله عليه وسلم فَرُضَّ رأسُه بين حجرين[١٠] وما روى عن النبي عليه السلام أنه قال : لا قَوَدَ إلّا بالسيف[١١] لم يأخذ به مالكٌ إما لأنه لم يَبْلُغه وإما لأنه لم يصح عنده ، فاتبع ظاهر قول الله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ ﴾ وقوله : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ ﴾[١٢] مع ما رُوِي من قضاءٍ من رسول الله صلى الله عليه وسلم في اليهودي الذي أمر بِرَضِّ رأسِه قِصاصا مثلَ ما فعل بالجارية .

وما روي عن النبي عليه السلام أنه قال : أحسنُ الناس قتله أهل الإيمان ، وقوله صلى الله عليه وسلم من رواية شداد بن أوس : إنّ اللهَ تعالى كتبَ الإحسان في كل شيء ، فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذَبحتم فأحسِنوا الذبح وليُحِدِّدْ أحدُكم شُفْرَتَه ولْيُرِحْ ذبيحته[١٣] ،لا حجة فيه على مالك،لأن المعنى فيه عنده إنما هو فيمن وَجَبَ عليه قتلٌ في غير قصاص ، وما احتج المخالف من أهل العراق على مالك في هذه المسألة من قوله : أرأيت لو نكح

(١٠) رواه الإمام أحمد ومسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجه عن شداد بن أوس ، وأخرجه البخاري في كتاب الديات ، باب من أقاد بالحجر ، وباب إذا قتل بحجر أو عصا .

(١١) رواه ابن ماجه عن أبي بكرة قال أبو حاتم حديث منكر ، وأعله البيهقي بابن فضالة ، رواه عن الحسن عن أبي بكرة وعن النعمان بن بشير ، وسنده أيضاً ضعيف ، قال عبد الحق وابن عدي وابن الجوزي : طرقه كلها ضعيفة « أفاده المناوي » .

(١٢) الآية ١٢٦ من سورة النحل .

(١٣) رواه عن أوس بن شداد كلّ من أحمد في مسنده ومسلم وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه ، رمز له السيوطي بالصحة .

رجلٌ رجلاً فقتله بذلك الجب للوالي أن يفعل بالفاعل ما فعل ؟ هو من الاحتجاج المرغوب عَنه الذي لا يصدق مثلُه عمن هو من أهل التحصيل لقوله .

وأما قولُه أرأيت لو رمى إنسانٌ رجلاً بسهم فقتله أَكَانَ يُنْصَبُ ثم يُرمى حتى يقتل ؟ وقد نهى رسول الله صلى الله عليه أَنْ يَتخَذَ شيءٌ فيه الرَوح غرضاً ونهى عن المجثثة وهي الشاة ترمى بالنبل حتى تقتل ، فلا يلزم مالكاً لأنه يقول بذلك ، وإنما يقول إنه يجهز عليه بمثل القتلة التي قتل دون أنْ يُقْصَد إلى تعذيبه فلو رمى رجلٌ رجلاً بسهم فقتله لكان الواجبُ في ذلك على مذهب مالك أن يقتل طعناً بمثل السهم الذي رماه به فقتلَهُ لاَ أَنْ ينصب غرضاً للسهام ، وقد روى عن سحنون أنه قال إذا كان العصا والحجَر يُجْهِزُ قُتِلَ بمثله ، وإذا كان غير مجهز لم يقتل به وقتل بالسيف ، وكان القتل مما يأتي عليه لأن الحَجَرَ إذَا لَمْ يكن مُجْهِزاً فإنما هو عَذَاب ، أرأيت لو أن رجلاً رماه رجل بحجر فقتله بَرِمْيَةٍ واحدة أَكُنتَ تُوقفه فيرمى رمية واحدة ؟ فإن لم يَمُتْ رُجم أبداً بالحجارة حتى يموت ، لا يكون هذا ولا يقتل به ، ولـكن إذا كان الحجرُ مُجهزاً قتل به وإلّا لم يُقتل به ، وقتل بالسيف ، وكذلك العصا وجميعُ هذا الأصل فَاحْمِلْه هكذا ، وإنما يُقتل على مذهب مالك بمثل القتلة التي قَتَلَ بها من حجر أو عصا أو غيره من ثبت عليه القتلُ بذلك وأما من قتل بِقَسَامَةٍ فلا يُقتلُ إلّا بالسيف وبالله التوفيق .

مسألــة

قال : وسُئِل عن اللوث مِنْ الشهادة في القسامة أَهُوَ الشاهِدُ الواحد العدلُ ؟ فقال : لا والله ما هو باللَّوث، فقيل له : أهو الشاهد إذَا لم يكنْ عَدْلاً ؟ فقال : هاه أرجوا ذلك .

قال محمد بن رشد : قولُه في الشاهد العدل لَا والله ما هو باللوث

معناه ما هو باللوث الذي لَا تَكون القسامةُ بما دونه ، إذ لا اختلاف في أنه لوثٌ تجب القسامةُ به والقودُ في مذهب مالك وجميعِ أصحابه .

وإنما اختُلِفَ فيما دونه ، فرأى في هذه الرواية الشاهدَ الذي ليسَ بِعَدْلٍ لوثاً يُوجِبُ القسامة ، وقد حقق القولَ بذلك بعد هذا في هذا الرسم ، ومعنى ذلك في الشاهد المجهول الحال الذي لا يُتَوَسّم فيه جُرْحَةٌ وَلَا عَدَالَةٌ إذ من أهل العلم من يحمل الشاهدَ على العدالة حتى تعلم جرحته ، وأما الشاهدُ المعروفُ بالجرحة أو الذي يتوهم فيه الجرحة فلا يكون على مذهبه في هذه الرواية لَوْثاً، بدليل قوله بعد هذا في العبد إنّه لا يكون لوثاً يريد وإن كان عدلاً ، وكذلك الصبي على هذه الرواية لا يكون لوثاً ، وأما المرأةُ فقال فيها بعد هذا إنها لوثٌ ، وقد روى مطرف عن مالك في الواضحة أن اللوثَ اللطخ البين مثلُ اللفيف من النساء والسواد والصبيان قال مطرف : وقد قتل بذلك عندنا بالمدينة ، قال مالك : ومثلُ الرجلين والنفرِ يشهدون على ذلك وهم غيرُ عدول ، قال مالك والشاهدُ العدل على اللّوْثِ وأحقه وليست روايةُ مطرفٍ هذه بخلافٍ لِرواية أشهب ، وقد رَوى ابنُ وهب عن مالكٍ أن اللّوثَ الشهادة غيرُ القاطعة من شهادة النساء أو شبهها ، قال ومثلُ أن يُرَى المتهمُ بحذاء المقتولِ وقُرْبه وإن لم يكونوا رَأَوْه حينَ أصابه ، وقد حكى الليثُ عن يحيى بن سعيد وربيعة أنهما قالا : كلُّ ما شهد فيه النساءُ أو العبيدُ أو الصبيان أو اليهودُ أو النصارى أو المجوسُ من قتل يكون فجاَةً أوْ ضربٍ أو جراح وأشباه ذلك فلا يحضره غيرُ أولائك فإن شهادَتَهم في مثل هَذَا لَطْخٌ وَلَوْثٌ بَيّنٌ يجب به القتلُ مع القسامة وبالله التوفيق .

مسألـة

وسئل عن إستهلال الصبي فقال : الصُّيَاحُ فإذا صَاحَ وجب ميراثه وتَمَّت دِيتُه وصُلِّيَ عليه وليس العُطَاسُ باستهلال .

قال محمد بن رشد : عبدُ العزيز بنُ أبي سلمة وابنُ وهب يَرَيَانِ العُطاسَ إستهلالاً وأما الرضاعُ فهو استهلالٌ إذ لا يُمكن أَنْ يرضع إلّا بعد أن يستهل ، وقد مضى الكلامُ على هذه المسألة مستوفى في أول سماع ابن القاسم من كتاب الولاء وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال ابنُ كِنانة لِمَالكٍ : الذي كنا نعرفُ مِنْ قولِكَ يَا أبَا عبدَ الله أَنّ العاقِلَةَ تحملُ ثلثَ الدية ديةِ المجروح كَائِناً مَنْ كَانَ رجل أو امرأة إذا بلغ عقلُ تلك الجِرَاح ثلثَ عقل المجروح حَمَلْتهُ للعاقلة ، وإنه قد حُمِلَ ها هنا عنكَ أنك قلتَ إنَّ المرأة إذَا أصابتْ الرجلَ بِجُرح يكون ثلثَ ديتها وهو سُدُسُ دية الرجل المجروح حملته العاقلةُ ، فقال : لا ، لقد كذب من قال هذا ، ولقد حَمَلَ قولِي على غيرِ وجهه ، قيل له : أرأيت امرأةً أصابها رجلٌ بجرح يكون ثلث ديتها هي أتحمِلُه لها العاقلةُ ؟ قال : نعم في رَأْيِي ، قال ابنُ كنانة ومالكٌ يسمعُ من أُصيب من رَجل أو امرأة بِجرح يكون ثلثَ ديته حملته العاقلة ، فأما أن تُصِيبَ المرأةُ رجلاً بجرح يكون ثلثَ ديتِها هي فلا تَحْمِلُه العاقلةُ هذا الذي كنا نَعْرِف من قولِ ابي عبد الله ومالك يَسْمَعُ .

قال محمد بن رشد : هذا الذي أنكرَه مالكٌ في هذه الرواية وقال فِيهِ إنّه من تأَوّلَه عليه فقد حَمَلَ قولَه على غير وجهه من أن العاقِلَة تحمل الجَنَايَةَ إذا بلغت ثلثَ دية الجاني كما تحملها إذا بلغت ثلث دية المجنى عليه قَدْ رَوَاهُ عنه ابنُ القاسم في المدونة ، وأنه قال فيه إنه بين وإن كان الاعتبارُ بدية المجنى عليه في ذلك أَبْيَن ، وإنما قال إنّ ذلك أبين لإن الجناية بالمجنى عليه أَخَصُّ منها بالجاني فيما رُوِيَ عن النبي عليه السلام من مَرَاسِلِ عَمْرو ابنِ شعيب

وعكرمة أن الجناية إذَا بلغت ثلثَ الدية حملتها العاقلةُ ولو قيل إنه إذا جنى أحدُهما على صاحبه جنايةً خطأً لا تحملُها العاقلةُ إلّا أن يبلغ ثلثَ دَيةِ الرجل منهما كان الجانيَ أو المجنى عليه لكان الأظهر ، لأن الأصلَ كان أنْ لا يحملَ أحدٌ جنايةَ أحدٍ دَمٍ ولا مال لقوله تعالى : ﴿ وَلاَ تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إلاَّ عَلَيْهَا ﴾ وقوله : ﴿ وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ﴾ وقوله عليه السلام لأبِي رَمْثَةَ في ابنِه : لَا تَجْنِي عليه ولا يَجني عليك ، فكان وجهُ النظرِ في ذلكَ أَنْ لاَ يُخَصّ منه شيء إلَّا بِسُنَّةٍ قائمة أو إجماع ، والإجماع إنما يصح في ثلثِ ديةِ الرجل منهما فوجب أن لا تحمل العاقلةُ دون ذلك ، ووجهُ قوله الثاني الذي أنكره في هذه الرواية اتباعُ ظاهرِ الحديث بحمله على عمومه إذْ لم يُخَص فيه ديةُ ذكرٍ من ديةِ أُنْثى وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالك ما اللوث الذي تجوز القسامَةُ به من الشهادة ؟ فقال : الأمرُ الذي ليسَ بِقَوِي ولا قاطع ، قيل لمالك : أَترى شهادة المرأة من ذلك ؟ فقال : نعم أراه من ذلك ، قيل له فشهادةُ الرجلِ الذي ليس بعدل من ذلك ؟ فقال : نعم أراه من ذلك ، قيل له أَفَتَرَى شهادةَ العبد من ذلك ولا أرى(١٤) فقال : لا ، ليست سهادةُ العبد من ذلك ولا أرى شهادة العبد لوثاً .

قال محمد بن رشد : قد مضى الكلامُ على هذه المسألة قبل هذا في هذا الرسم فلا وجه لإعادته .

مسألــة

قال مالك وما اعترف به العبَدُ من قتلٍ فإنّ سيدَ المعترِف يقول

---

(١٤) كذا بالأصل ونسخة ق ٣ .

لسيد المضروب إنما اعترف عبدي ليذهب من يدي فهات على ضربه عبدَك البينةَ ، فأرى أن يكشف عن ذلك وينظر فيه ، قيل لمالك : أفترى السيدَ المقتول أن يحلفَ ويكون ذلك له ؟ قال : لا أَرَى ذلك له إلَّا أن يأتِي بشبهةٍ، قيل له ؟ فإن جاء بشاهد يحلف مع شاهدِه ؟ قال : نعم يحلف ويكون ذلك له ، قيل له : ارأيت إن أبى أن يحلفَ ورد اليمين على سيد العبد المشهود عليه بشاهدٍ واحدٍ يكون ذلك عليه ؟ فقال : لا أظن ذلك .

قال محمد بن رشد : إقرارُ العبدِ بقتل العبد عمداً يجوز عَليه إن أراد سيدُ العبد المقتول أن يَسْتَقِيدَ منه كان ذلك له ، ولا يجوز على سيده إنْ لم يُرد أنْ يستقيد مكانه وأراد أَنْ يأخذه بجناية عبده لأن العبدَ يُتهم على أنه أراد الخروج من مِلْكِ سيده إلى الذي أقر بقتل عبدِهِ ، فلا يكون لسيدِ العبد المقتولِ أن يحلف مع إقرار العبد ويستحقه كما قال ، إذْ لا تَجُوزُ شهادتُه على سيده بأن كان له شاهدٌ على أنه قتل عبده كان له أنْ يحلفَ مع شاهده ويستحق العبدَ إلَّا أن يشاء سيدُه أن يفتديه بقيمة العبدِ المقتولِ فيكون ذلك له وهذا ما لا اختلاف فيه ، ولو لم يمت من ذلك الجرح بِفَوْرِ ذلك وحيِيَ بعده لما استحقه بيمينه مع الشاهد إلَّا بعدَ أن يحلف أيضاً أنه مات منه على ما قاله في رسم شهد من سماع عيسى من كتاب الجنايات ، وكذلك لو ثبتَ الجُرح بشهادة شاهدين أَوْ أَقَرَّ به سيدُ العبد القاتل أو القاتلُ إن كان حراً لم يستحقه إلَّا بعد أن يحلف أنه مات من ذلك الجرح على ما قاله في رسم المجالس من سماع أصبغ بعد هذا وفي المدنية خلافُ هذا ،

وروى محمد بن يحيى السبائي أنه سَمِعَ مالكاً يُسئَلُ عن العبد يجرحُه الحُرُّ فيُقِرُّ الحرُّ بجرحه أو تقوم عليه بينة ثم يمكث أياماً فيموت العبدُ فيقول سيدُه إنَّه مات من تلك الجراح هل عليه في ذلك يمينٌ أنه مات من ذلك ، فقال : إذا أقر بذلك على نفسه أو قامت عليه بينة ثم مات العبدُ في ذلك فهو

ضامن وليس على سيده أنْ يحلفَ أنه مات من ذلك الجرح ، قال عيسى بنُ دينار : قال ابن القاسم : قد سمعت هذا عنه ، وسمعت أَنَا مِنه أنه يحلف وهو أَحَبُّ قولِه الي .

وأما قولُه إن أبى أن يحلف ورد اليمينَ على سيد العبدِ القاتل إنَّ ذلك لا يكون له ، فمعناه إذا لَمْ يحقق عليه الدعوى إن علم أنه قتله فهي يمينُ تهمة فالإختلاف في لُحُوق يمينِ التهمة مُرْضٍ وجوبُها في هذه المسألة في هذه الروايةِ ، فقال : لا أظن ذلك ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال في الرجل يقتلُ الرجلَ وله أولياء كثير فعفا أحدُ الذين يجوز لهم العفوُ فلا يكون إلى القتل سبيلٌ ويكون في ذلك الديةُ قيل له : بالقسامة ؟ قال : بالقسامة وغيرِها إذا عفَا أحدُهم لم يكن إلى القتل سبيلٌ وكذلك إن نكل أحدُهم على القسامة ، قال سحنون : وقال ابنُ نافع : إذا كان نكول الناكل إنما كان على وجه التورع والتحرج حَلَفَ من بقي وقتلوا ، وإذا كان نكولُه على وجه العفو والترك لحقه حلف من بقي وكانت له الديةُ وهذا الذي أرى .

قال محمد بن رشد : في قول مالك في رواية أشهب هذه إلتباسٌ والظاهرُ عندي من معناه ومراده أنَّ عَفْوَ أَحدِ الأولياء إذا كانوا في القُعْدُدِ سواءً يُبْطِلُ ولا تَبْطُلُ الدية ، فإن كان ذلك العفوُ ممن عفا منهم بعدَ القسامة كان لمن بقي حظوظُهم من الدية ، وإن كان قبلَ القسامة أَقْسم من بقى وكان لهم حظوظُهم من الدية ، وكان الشيوخُ يختلفون في قولِ ابنِ نافع ، فمنهم من كان يحمله على التفسير لقول مالكٍ ويقول لا اختِلافَ في أن نكولَ الناكلِ عن القسامة إذا لم يكن على وجه العفو والترك وكـان على وجه التورُّع والتحرج فلمن بقي من الأولياء أَنْ يقسمُوا ويقتلوا ، ومنهم من كان يحمله على الخلاف

له ، ويقول إذا نكل أَحدُ الأولياء عن القسامة فلا سبيل إلى القتل ، وكان لِمن بقي حظوظُهم من الدية ، وابنُ الماجشون يساوي بين أن يكون العفوُ قبلَ القسامة أو بعدها في أنَّ الدية تبطل على كل حالٍ ولا يكون لمن بقي من الأولياءِ شيء من الدية ، والنكولُ عن القسامة عند جميعهم كالعفو سواءً كلٌّ على مذهبه ، فهي ثلاثةُ أقوالٍ في المسألة ، ومن قول ابن القاسم في المدونة أنَّ رجوع أحدِ الأولياء بعد القسامة وتكذيبَه نفسَه يُبطل حقَّ من بقي من الأولياء بمنزلة إذا عفا أو نكل قبلَ القَسَامَةِ وبالله التوفيق .

ومن كتاب العُقُولِ

قال أشهب : وسئل مالكٌ عن المرأة تشرب الدواءَ وهي حاملٌ فيسقط ولدُها أترى عليها شيئاً ؟ فقال : ما أرى به بَأْساً إذا كان دواءً يشبه السلامة فليس به بـأس إن شاء الله ، قد يَرْكَبُ الإنسانُ الدابةَ فتصرَعُه ، وقد كَوَى رسول الله صلى الله عليه وسلم سعداً فمات فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بَئْسَ الميتُ لَيَهُودُ يُفْتَنُونَ به يقولون لم يُغنِ عنه صاحبُه[١٥] .

قال محمد بن رشد : هذا بينٌ على ما قاله وهو على قياس ما تقدم في رسم البز من سماع ابن القاسم في الصبي الذي تَسْقِيه أُمُّه الدواءَ فيشرق به فيموت وبالله التوفيق .

---

(١٥) ذكره الحافظ ابن حجر في الفتح في كتاب الطب ، باب من اكتوى أو كوى غيره أن الإمام مسلم أخرج من طريق أبي الزبير عن جابر ، قال : رمي سعد بن معاذ على أكحله فحسمه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يذكر بقية الحديث ، وعند الترمذي عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم كوى أسعد بن زرارة من الشوكة .

مسألــة

وسئل عمن قتل جنيناً في بطن أمه فطرحت ميتاً أعليه عتقُ رقبة ؟ فقال : ليس ذلك عليه .

محمد بن رشد : زاد في غير هذه الرواية وإن سقطَ حَيّاً كانت فيه الكفارة ، قال أشهب : وعليه الغُرَّةُ واستحسنَ مالكٌ في المدونة الكفارةَ في الجنين إن خرج ميتاً وفي الذمى والعبد وفي جنينهما وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن المرأة تفجر فتحمِل فتضع فتلقيه في بير أَتُقْتَلُ به ؟ فقال : إنَّ لذلك وجوهاً أن أَلْقَتْه في مهلك مثلِ البير الكثيرِ الماءِ أو البحر أو مَا أشبه ذلك فمَاتَ فَمَا أَحَقَّهَا من أن تُقتَل ، وإن قُتِلَتْ كانت لذلك أهلاً كأنه ينحو إلى أن تقتل ويَراه قَالَ أصبغ مثلَه هذه مُتَعَمِّدة للقتل كما لو ذبحته ذبحاً فالغرق مثلُه ، قال ابنُ القاسم : وإن كانت مثلَ البئر اليابسة التي يُقْدَر أن يؤخذ منها أو ما أشبه ذلك فهذه لَا تُقتلُ إلَّا أن يكون البئر مهواةً لا تدرك ولا تُنْزَلُ وإن كانت يابسة فأرى أن تُقتل .

قال محمد بن رشد : هذا كله بين مثلُ ما في المدونة وغيرِها من الأبِ يُقْتَلُ بابنه إذَا عَمد لقتله ، وإنما لا يقتل به وتعلظ عليه الدية إذا فعل به مثلَ ما فعل المدلجي بابنه من حذفه إياه بالسيف إذ قد يذهب الرجلُ على ابنه بالسيف ولا يريد قتله وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل مالكٌ عن النصراني يَقْتُل المسلمَ خطأً على مَنْ ديتُه ؟

فقال : على أهل دينه من أهل كُورته الذين إذا جرحوا نصرانياً أدّوا عنه فكذلك يؤدون عنه إذا جرح المسلمَ .

قال أمّا إذا لم يحمل أهلُ هذه المعاقِل الدية لم يقو عليها رجلٌ واحدٌ قيل له : ربما كانت القرية ليس فيها إلَّا الذي جُرِحَ وحده أو قِلّة ؟ قال : يضم بعض ذلك إلى بعضٍ يَحمِلُ ذلك عنه الذين إذا جرح نصرانياً عقلوا عنه .

قال محمد بن رشد : هذا بينٌ مثل ما في المدونة وغيرها فلا وجه للقول فيه .

مسألــة

وسئل عن امرأةٍ نَامَتْ مع ولدٍ لها من اليل فتمرغت فأصبحَ ميتاً ولم تَرَ بِهِ أثراً فخافت أن تكون هي قَتَلَتْه؟فقال : تكفر بعتق رقبة ، قلت له : فما ترى على عاقلتها الدية ؟ قال : ومن يطلب ذلك ؟ ومن أينَ يُعلم أنها هي قتله قيل له : أفرأيت إن تَبَيَّنَ به خضرةٌ من غمها إياها ؟ فقال : إن تبين ذلك فعُلِمَ أنها قتلته فديته على عاقلتها .

قال محمد بن رشد : هذا كله بين لا إشكال فيه إن علمت أنها هي قتلته كانت عليها الكفارةُ واجبةً وإن شَكَّتْ أن تكون قتلته فالكفارة عليها مُستَحبَّة لها ، وإن صَحَّ أنها قتلته بوجه لا يشك فيه كانت الديةُ على عاقلتها .

مسألــة

قلت أفرأيت المرأةُ تُوجِرُ ولدها أو تسقطه فيموت في يدها أترى له عقلاً ؟ فقال : لا أرى في هذا عقلاً لَا على العاقلة ولا على عليها ولا أرى عليها كفارةً والطبيبُ يُداوي الرجلَ فيموت فلا أرى

على عاقلته ديةً ولا علَيه كفارةً وما ذلك بالبين وإن الطبيب ليُداوي فيمات من دوائِه .

قال محمد بن رشد : قد تقدم مثلُ هذا والقَوْلُ فيه في رسم البز من سماع ابنِ القاسم وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن العبد يكون أكثرُه حُرَّاً يُصاب كم يغرَمُ قاتلُه؟قال: قيمةَ رقيقٍ كله .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه أعلمه لأنَّ الحُرية في العبدِ تبعٌ لما فيه من الرق في جميع الأحكام من الميراث والشهادةِ والحُدُودِ فكذلك إذا قُتِلَ يكون على عاقلة قيمته رقيقاً كلُّه واختلف قولُ مالك إذا جُنِيَتْ عليه جنايةٌ فمرة قال جنايتُه لسيده،ومرة قال تكون لسيده منها بقدر ماله فيه من الرق ويوقف بيده منها قدرُ ما فيه مِنْ الحرية يكون مالاً له إن أعتق باقيه كان له ، وإن مات قبل أن يُعتَقَ باقِيه وَرِثَ ذلك سيدُه ، والقولان لمالك في المدونة .

وأما إذا جنى هو ففي ماله من الجناية قدرُ ما فيه من الحرية وفي رقبته من ذلك قدرُ ما فيه من الرق يدفعه سيدُه بذلك أو يَفْتكُه به وبالله التوفيق .

مسألــة

قيل له : أرأيت المكاتَبَ يُصَابُ كم يغرم قاتله ؟ قال : قيمتَه بما عليه من الكتابة مكاتبٌ بالفِ دينارٍ أو مائةٍ درهم ، وليس قيمتَه عبداً لَوْ بِيعَ يوم أُصيبَ على هيئته وعليه ألفُ درهم أو مائةُ درهم .

قال محمد بن رشد : المعنى في هذا أَنْ يُقَوَّمْ على أنه مكاتب عليه من كتابتِه بقيةُ كذا وكذا على ما يُعرفُ من قدرته على اكتساب المالِ وبصره

بذلك دون ما عليه له ، لأن مالَه يبقى لسيده وهذا معنى قوله في المدونة : إن المكاتَبِ إذا قُتِلَ يُقَوَّم على هيئة في الحال التي كان عليها، يريد من قدرته على الإكتساب وبصره بجمع المال ، لا مِنْ كثرةِ ماله وقلته ، إذْ لا يقوم بماله ، ولا احتمال الحال المال طَرَحَ سحنونٌ في المدونة قولَه على الحال التي كان عليها فاللفظةُ صحيحةٌ وتأويلها ما ذكرناه إلَّا أن في هذه الرواية أنه يغرم قيمته مما عليه من الكتابة خلافُ ما في المدونة من قوله إنه لا ينظر إلَى ما أدَّى من كتابته وَلاَ إلى ما بقي منها، فيقال على هذه الرواية كم قيمةُ هذا على أنه مكاتَبٌ وقوتُه على أدَاءِ كتابته كذا وكذا وعليه من كتابته كذا وكذا ، ولا مَالَ له ، ويقال على ما في المدونة كم قيمة هذا على أنه مكاتب وقوتُه على أداء كتابته كذا وكذا ويُسْكتُ عن ما عليه من الكتابة ولاَ مال له أيضاً ، إنما يقومُ المكاتب بماله في العتق إذَا أوصى سيدُه بعتقه فيجعل في الثلث الأقلُّ من قيمته بِمَالَه مكاتباً أو الأقل مما عليه من عدد الكتابة أو من قيمتها على الاختلاف الواقع في ذلك في الجنايات من المدونة ، وقد مضى هذا المعنى في رسم حلفَ من سماع ابنِ القاسم من كتاب المكاتب .

مسألــة

وسألته عن الرجل يكون مع غيرِ قومِه في الديوان أَيَعْقِلُ معهم ولا يعقل مع قومه ؟ فقال : نعم أرى إذا كان الرجلُ في الديوان مع غير قومه أن يعقِلَ عنهم ويعقلوا عنه إن كان رجلٌ من الأنْصَارِ في قريش عَقَلَ عنهم وعقلوا عنه ، قلت أفترى أَنْ يعينَهم قومُهم مِمن ليس معهم في الديوان ؟ فقال : ما يفعلون ذلك ، قلت له : أفتراه ؟ قال : نعم ولقد انقطع الديوانُ وَقَلَّ .

قال محمد بن رشد : هذا خلافُ ظاهرِ ما في المدونة من قولِ مالك : إنما العقلُ على القبائل كانوا أهلَ ديوان أو غيرَ أهلِ ديوان فجعل على هذه الرواية أهل الديوان الواحدِ كالقبيلةِ من القبائل وإن كانوا من قبائلَ شتَّى

يعقل بعضُهم ما جنَى بعضٌ فإنْ لم يكن فيهم من يحمل العقلَ ضم اليهم قومُهم من أهلِ الديوان الأقرب حَتَّى يجتمعَ منهم من العدد ما يحملُ العقلَ دون مشقة ولا كبر مؤنة لأن طريقها المـواسـاة لحياطة الدماء فهي على ما لا يَضُرُّ بالمواسي ولا يقع فيه المشاحاةُ في الغالب ، وقد روى عن سحنون أنه إذا كانت العاقلةُ خَمْسمائةٍ أو ألفاً فهم قليلٌ ويُضَمُّ إليهم أقرب القبائل اليهم ، وقال بعض الشافعيـن إنَّ الحد في ذلك على وجه النظر باعتبار الحد فيما سواه بما قَرَّره الشرعُ ربعُ دينار على المُعْسِر لأنه أولُ حدودِ الشيء الخطِيرِ لأن اليد لا يقطع فيها ، دُونه ونصفُ دينارٍ على الموسر لأنَّا وجدناه يجب في النصاب من الذهب زكاة ، ولا يرى مالكٌ هذا الحد في الدية ، وإنما يرى أن يفرض بالإجتهاد على العاقلة على الموسر بقدره وعلى المعسر بقدره في ثلاثِ سنين ، قال في كتاب ابن سحنون : وإذا وقعت الدية على أهل إبلٍ فُرضَت على جميعهم ولا يقدحون حتى يشترك النفر في النَّفَر ، وأنكرَ قول الشافعي لا يزاد فيها على نصفِ دينارٍ ولا يُنقَصُ من ربع دينار ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسألته أَتُقَامُ الحدودُ في الحَرم ؟ قال : نعم[١٦] ويقتل بقتل النفس في الحرم ؟

قال محمد بن رشد : وهذا كما قال ، وهو مما لا اختلاف فيه بين فقهاء الأمصار ، لأنَّ حرمَ الله أحقُّ ما أقيمت فِيه حدودُ الله ، وكذلك قال في سماع أبي زيد ، وسنذكر هناك ما يُؤثر فيه من الخلاف عن السلف وبالله التوفيق .

---

(١٦) ما كتب بين معقوفتين ساقط من الأصل ثابت في نسخة ق ٣ .

ومِنْ سَمَاعِ عيسى بن دينار من ابنِ القاسم

قال عيسى وسُئِلَ ابنُ القاسم عن رجل استُحِقَّ دمُه بقسامة فَقُدِّمَ ليقتل ، فقال رجل : أنا قتلته ، قال : بلغني عن ربيعة أنه قال : يقتل هذا بالقسامة وهذا بالإقرار ، ولستُ آخذُ به ، قال ابنُ القاسم لم يقتله اثنان وإنما قتلَه واحدٌ فيقال لهم اقتلوا أَيَّهُمَا وَخَلُّوا سبيلَ الآخر .

قال محمد بن رشد : قد روى عن مالكٍ وابنِ عبد الحكم وأصبغ مثلُ قول ربيعة ، حكى ابنُ المواز عنهم في كتابه أَنّ القسامة إذا وجبت في نفر فأَقَرَّ غيرهُم بالقتل أَن المُقِرّ يقتل بإقراره ، ويقسمون على واحدٍ من هؤلاء ويقتل ، وحكي عن ابن القاسم مثلُ قوله ها هنا أنه لا يُقتل إلاّ واحدٌ إما المقر وإما أَحَدُ هؤلاء بقسامة قال ابن المواز : وإذا قُتِلَ المقر فقال ابنُ القاسم مَرَّةً بقسامة ومره بغير قسامة ، وأنكرَ ابنُ المواز وأصبغ قولَه بقسامة ، وقد قيل إنَّ ذلك ليس باختلاف من قوله وإنما معناه أنه يقتل بغير قسامة إن لم يكن للمقتول حياة ، وإنما وجبت القسامة على غير المقر بشاهد على القتل وبقسامة إن كانت له حياة وإنما وجبت القسامة على غير المُقِر بشاهدين على الجُرح أو بقولِ المقتولِ دَمِي عند فُلانٍ بدَليل ما وقع مِنْ قولِه في رسم العتق بعد هذا من هذا السماع أنهم يقسمون على ذلك إن كانت حياةً ، وفي رسم الصُّبرة من سماع يحيى بعد هذا في النفر يجرحون الرجلَ فيُحْمَلُ مجروحاً فيموت فتجب القسامةُ عليهم إنهم لو أقرُّوا بقتلِه أجمعون لم يكن لهم أن يقتلوا منهم أحداً حتى يُقسموا على أَيّهم أحبوا فقط فيقتلونه ، ولا يكون لهم أن يقتلوا واحداً بالقسامةَ وسَائِرهم بالإقرار ، قال وكذلك إذا لم يُقِرّ إلاّ واحدٌ قال أنا قتلته لم يَكُنْ لهم أن يقتلوه حتى يقسموا عليه ، ولا أن يقسموا على غيره ويقتلوا المُقِرَّ بإقراره ، ليس لهم أن يقسموا إلا على واحدٍ منهم فيقتلونه كما لَوْ لَمْ يُقروا ولم

يقرُّ واحدٌ منهم فسواء على مذهب ابن القاسم كان المقرُّ بالقتل من الذين وجبت عليهم القسامةُ أو مِن غيرهم ليس لِلأولياء أَنْ يقتلوا المُقِرّ بإقراره ويقسموا على أحد ممن بَقِيَ ، وسواء أيضاً على مذهب ربيعة وما حكى ابنُ المواز عن مالك وابن عبد الحكم وأصبغ كان المقر بالقتل ، مِمن وجبت عليهم القسامة أو من غيرهم لهم أن يقتلوا المُقِر بإقراره ويقسموا على وَاحِدٍ مِمَّن بقي فيقتلوه ، وهو قولُ المُغِيرة في المجموعة ، وفرَّقَ سحنون بين أن يكون المقر بالقتل من الذين وجبت عليهم القسامة أو من غيرهم فاختار قول ابن القاسم إذا كان المقر بالقتل من غير الذين وجبت عليهم القسامة واختار قول المغيرة ومن قال بقوله إذا كان المُقر بالقتل ممن وجبت عليه القسامةُ وقال: ليسَ قولُ ابنِ القاسم ها هنا شيئاً وقد كان من مضى يقتلون بالقسامة النَّفَرَ جَميعاً حتى كان معاوية ابنُ أبي سفيان أو عبد الملك فحكم أَنْ لا يقتل بِالقسامة إلاّ واحدا فرأى مالك وأصحابُه ذلك واستحسنوه .

فإذا أقرُّوا بالقتل جميعاً قتلوا جميعاً كما قال المغيرةُ وإن أَقَرَّ وَاحِدٌ منهم قتل المُقر وأقسموا على وَاحِدٍ من الباقين وَقَتَلُوهُ ، وكذلك إن أقروا جميعاً إلاّ واحدٌ منهم قتلوا جميعاً بِالإقرار وأقسمُوا على المنكر وقتلوه إن شاءُوا والذي قال مالكٌ في موطئـه : إنه لم يعلم قَسَامَةً كانت قط إلاّ على رجلٍ واحد ، وإذا حملنا ما حكى ابنُ المواز عن ابن القاسم في المُقِر على نفسه بالقتل إنه يُقتل قال مرة بقسامة ومرَّة بغير قسامة على ظَاهِرِهِ من أنه اختلاف مِن قوله فالإختلاف من قولِه إنما يصح وَيُشْبِهُ إذا كانت للمقتول حياةٌ فأقر القاتِل أنه قتله ومن جُرْحِه ماتَ كان المقر بالقتل مَنْ وجبتْ عليه القسامة بقول المقتول أو بشاهدين على الجرح أَو لم يكن منهم وكان من غيرهم ، وأَما إذَا لم يكن للمقتول حَياة ، فأقر القاتل أنه قتله قتلاً مُجهزاً فإنه يُقتل بغير قسامة قولاً واحداً لا يصح في ذلك اختلاف ، كان المُقِرُّ بالقتل ممن وجبت عليه القسامة بشاهد على القتل أَوْ مِنْ غيرهم والفرق بين الموضعين بين ، أَلا ترى أنه من أَقَرَّ أنه قتلَ رجلاً قتلاً مُجهزاً لا يُقْبل رجُوعُه ومن أَقَرَّ أنه جرح فلاناً ومات من جرحه ثم رجع عن

إقراره يُقْبَلُ رجوعُه لأنه يقول كنتُ ظننتُ أنه مات من جرحي ثم تحققت أنه لم يمت منه ، وهذا الذي ذكرناه من أنه يُقبل رجوع المقر بالقتل في هذا الموضع منصوصٌ عليه لمالك في كتاب ابن المواز ، وبالله التوفيق .

مسألــة

وقال في النَّصْراني يقتل النصْراني ثم يُسلم : إنه يُقْتَلُ وأخبرنا يحيـى بن يحيـى قال : سألتُ ابنَ القاسم عن النصراني يقتل النصراني وَلاَ وَلِيَ له إلاّ المسلمون ثم يُسلم القاتلُ أَتَرَى أن يقتل به ؟ فقال : العَفْوُ عن قتل هذا أَحَبُّ إلي من قتله ، وذلك أن حُرمته إذا أسلم أعظمُ من حرمةِ الكافر الذي قتل فلو كان للمقتول أولياء كان لهم القَوَدُ لأنهما كانا على دين واحد يوم قتله . فإذا كان أمره إلى الإمام فالعفو عنه أعجَبُ إلي وإن كان القَوَدُ قد لزمه .

قال محمد بن رشد : ظاهرُ قول ابن القاسم في رواية عيسى عنه في النصراني يقتل النصراني ثم يُسلم إنه يقتل وإن لم يكن للنصراني المقتولِ أولياءُ إلا المسلمون ، وهو قولُ مالك في رواية ابن نافع عنه إن إسلاَمَه لا يمنعُه من القتل ولا يُبْرِيه منه ويقتل مكانه ، فعلى هذا لا يجوز للإمام إذا لم يكن له أولياءُ إلاَّ المسلمون أنَ يعفوَ عنه إذا كان له مالٌ على غير شيء ، وهو القياس لوجوب القَوَدِ ويجوز له أَنْ يصالحه على مالٍ يأخذه منه لِلْمُسلمين وإن كان أقل من الدية على القول بأن القاتِلَ لا يجبر على غُرم الدية ، وأما على القول بأنه يُجْبَرُ على غرْم الدية فليس له أن يعفو عنه على أقل من الدية إذا كان بها مليا وأما على قولِهِ في رواية يحيـى عنه فيجوز له أن يعفوَ عنه عَلَى غير شيء يأخذهُ منه وإن كان له مالٌ ، لأنه استحب العفوَ عنه لِحُرمة إسلامه بخلاف المسلم يَقْتُلُ المسلِمَ الذي لاَ وَلِيَ له إلاّ المسلمون ، هذا لا يجوز للإمام أَنْ يعفوَ عنه إلاّ على شيء يأخذه منه نظراً للمسلمين كالوصي على الصغير لا يجوز له أنْ يعفوَ عن دَم أبيه ويجوز أنْ يعفوَ عنه نظراً ليتيمة على

الدية أو على أَقَلّ منها على الإختلاف الذي ذكرناه في القاتل هل يجبر على غرم الدية أم ولا ؟ وسيأتي هذا في رسم أبي زيد وبالله التوفيق .

مسألــة

قال : وسئل عن رجل قال عند موته فُلَانٌ قتلني وناس معه ، قال : يُقْسِمُون على الذي سَمَّى ويقتلونه إن شاءُوا .

وأما قولُه وناسٌ معه فإن عُرِفُوا وأثبتتهم البينةُ أنهم ضربُوه معه أقْسموا عَلَى أيهم شاءوا منهم .

قال محمد بن رشد : القسامَةُ في العمد تجِبُ بِأَحَدِ ثَلَاثَةِ أشياء على إتفاقٍ ، وبأحد وجهين على اختلاف .

فأما الثلاثة الأشياء التي تجب القسامةُ بِكُلِّ واحدٍ منها باتفاق فهي أَنْ يقولَ الميتُ دمي عند فلانٍ أو يشهدَ على قتلِه رجلٌ وَاحِدٌ أو على جُرحه رجلان .

وأما الشيئان المختلف في وجوبِ القسامة بكل واحدٍ مِنْهُمَا أن يشهدَ رجلٌ واحدٌ على الجرح أو شاهد واحدٌ على إقرار القاتِلِ بالقتل فإذا وجبت القسامةُ على الجماعةِ بأَحَدِ هذه الأشياء التي تجب القسامةُ بها أو باختلاف على القول بِوجوب القسامة به فلا اختلافَ في المذهب في أنه لا يقتل بها إلاَّ واحدٌ منهم، واختلف هل لِأولياء المقتول أن يُقسموا على جميعهم أو على مَنْ شاءُوا منهم ، ثم يقتلون واحداً ممن أقسموا عليه أو ليس لهم أن يقسموا إلاَّ على الذي يقتلونه وهو مذهب ابنِ القاسم ونَصُّ قوله في هذه الرواية وغيرها ، وقولُ مالكٍ في مُوَطّئه : ولم نعلم قسامةً قَطُّ كانت إلا على رَجُلٍ واحدٍ .

وإذا أقسموا عليه قالوا في قسامتِهِمْ عليه لَمَاتَ من ضربه ولا يقولوا من ضربهم ، وروى ذلك ابنُ القاسم عن مالك في المجموعة والواضحَةِ ، قال

عبدُ الملك إذ لا يدرى هل مات من فعلهم كلهم أو من فعلِ واحدٍ منهم فلا بُدَّ لهم لأنْ يقسموا على الذي يريدون أن يقتلوه لأنه مات من فعله ، هذا معنى قوله : وقيل : لهم أن يقسموا عليهم كلهم أنَّه مات من فعله ثم يقتلون ما شاءُوا منهم وهذا الإختلاف إنما هو إذا احتمل أن يكون مات من فعل بعضهم دون بعض ، فإذا لم يحتمل ذلك مثل أن يصبوا عليه صخرةً وهم جماعة تعاونوا على رَفْعِهَا إذ لا يقدر بعضُهم على ذلك فلا اختلاف عندي في أنهم يُقْسِمُوا عليهم كلهم ثم يقتلون ما شاءوا ، وإن كان ظاهرُ ما في المدونة أنَّهُم لا يقسمون إلاَّ على واحدٍ منهم ، فلا ينبغي أنْ يُحمل على ظاهره لأنه بعيد .

وقد قيل إنهم يقتلون كلهم بالقسامة إذا كان القتلُ على هذا الوجه ، وهو قولُ سحنون ، وقد كان من مضى يقتلون بالقسامة النَّفرَ جميعاً حتى كان مُعَاوية بنُ أبي سفيان أو عبدُ الملك ، فحكم أَنْ لَا يُقْتَلَ بالقسامة إلاَّ واحدٌ فَرَأَى ذلك مالكٌ وأصحابه ، وقع ذلك في كتاب سحنون وفي الموطإ ما يَرُدُّ ذلك ، وهو قول مالك : ولم يعلم قسامةً كانت قَطُّ إلاَّ على رجلٍ واحدٍ وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عمن كتب اليه وَالٍ في قَتْلِ رجل فقتله ثم أراد التنصُّلَ والتوبةَ فعرض نفسَه على أولياء المقتولِ وأخبرهم ، فقالوا له لسنا بِقَاتِلِيكَ ، إنا نَخافُ إن قَتَلْنَاكَ عاقِبَةَ ذلكممن وَرَاءَكَ يعنون المَوَالِي فعَرَض عليهم الديةَ فأبوا أنْ يقبلوها .

قال : أحب إلي أن يؤدي ديتَه إليهم وأَنْ يُعتق الرقاب وأن يبكي وأن يتقرب إلى الله بالدعاء والرَّغبةِ إليه ويلحق بهذه الثغور ، ويحج ويكثر من العمل الصالح ما استطاع فإن لم يقبل الدية فليعتق وليصنع هذا ويمكن من نفسه ويتصدق بما استطاع ويكثر الحج والغزو وإن استطاع أن يلحق بهذه الثغور ويكون فيها أبداً حتى يموت

بها فهو أَحَبُّ إلي وما الدية عندي بالقوي .

قال محمد بن رشد : اختلف السلفُ ومن بعدهم من الخلف في قَبُولِ توبةِ القاتل وانفاذ الوعيد عليه على قولين ، فمنهم من ذهب إلى أنَّه لا توبة له وأن الوعيد لَاحِقٌ به فممن رُوِي ذلك عنه ابنُ عمر وابنُ عباس وأبو هريرة وأنهم قالوا لِمَن سَأَلَهُم عن ذلك هل يستطيع أَنْ يُحْيِيَهُ هل يستطيع أن يَبْتَغِيَ نفقاً فِي الأرض أو سُلَّماً في السماء وإنَّ ابنَ عمر سُئِلَ عن ذلك فقال لِيَسْتَكْثِر من شُرب الماء البارد ، وإن ابنَ عباس سُئل عن ذلك فقال للسائل كالمتعجب من ذلك : ماذا تقول ؟ فأعاد عليه قولَه ، فقال ماذا تقول مرةً أو ثلاثاً ثم قال وَيْحَكَ وأنَّى له بالتوبةِ ، وإلى هذا ذهب مالِك فيما روى عنه من أَنَّ إمَامَةَ القاتلِ لا تجوز وإن تاب ، ويُؤَيِّدُ هذا المذهبَ ما روى من أنَّ رسولَ الله صلى الله عليه قال : **كُلُّ ذَنْبٍ عَسَى اللَّهُ أَنْ يَعْفُو عَنْهُ إلاَّ مَنْ مَاتَ كَافِراً أَو قَتَلَ مؤمناً مُتَعَمِّداً** (١٧) ، وذلك والله أعلم لأن القتل يجتمع فيه حق الله تعالى وحق للمقتول المظلوم ، ومن شرط صحة التوبة من مظالم العباد تَحَلُّلُهم ورَدُّ التباعات إليهم ، وهذا ما لا سبيل للقاتل اليه إلاَّ بأن يُدرك المقتولَ قبلَ موتِه فيعفوَ عنه ويحلله من قتله إياه طيب بذلك نفسُه ، ومنهم من ذهب الى أنَّ القاتل في المشيئة وأنَّ توبته مقبولةٌ ومن رُوِيَ ذلك عنه ابنُ عباس وأبو هريرة وعـلي ابنُ أبي طالب ومجاهد وغيرُهم من السلف وخص مالك في هذه الرواية للقاتل أَنْ يُعتق الرقاب ويبكي ويتقرب الى الله تعالى بالأعمال الصالحة ويلزم الثغور والجهاد دليلٌ على الرجاء عنده في قبول توبـة القاتلِ خلافُ ما روي عنه من أنَّ امامته لا تجوز وإن تاب ولكلا المذهبين وجهٌ من النظر وكفى باختلاف الصحابة في ذلك ، فَقَلَّ ما تجدهم يختلفون الا فيما يتعارض فيه

---

(١٧) رواه أبو داود عن أبي الدرداء والإمام أحمد والنسائي والحاكم عن معاوية قال الحاكم : صحيح وأقره الذهبي وقال المناوي وغيره : رجاله ليس فيهم إلا من رَوَى له الشيخان .

الحج وتتكافأ فيه الأدلة ، فينبغي لمن لم يُوَاقع هذا الذنبَ العظيم أن يَنْتَهِيَ عَنه ويستعيد بالله منه مخافة أن لا يصح له متاب إن واقعه فيحق عليه سوء العذاب وَيَنَالَه شديدُ العقاب ، ولمن واقعة أن يتوبَ الى اللّه ويستغفره ولا يَأْسَ من رحمته فإنه لا ييأس من رَوْحِ اللَّهِ إلاَّ القومُ الكافرون ، وقد كان ابنُ شهاب إذا سُئِلَ هل للقاتل توبةٌ يتعرف من السائل هل قتل أم لا ويطاوله في ذلك ، فإن تبين له منه أنه لم يقتل قال له لا توبةَ له وإن تبين له من أنَّه قد قتل قال له توبةٌ وإن هذا لَحَسَنٌ من الفتوى، وأما من قال إنَّ القاتل مخلدٌ في النار أبداً فقد أخطأ وخالفَ السنة لأن القتل لا يُحْبِطُ ما تقدم من إيمانه ولا ما اكتسب من صالح أعماله لأن السيئاتِ لا تُبطل الحسنات ، ومن مات على الاسلام فلا بد أنْ يُجَازِيَه الله على حسناته ، فإنه يقولُ وقوله الحق ﴿ وَلَنْ يَترِكُمُ أَعْمَالَكُمْ ﴾[١٨] وقال تعالى : ﴿ فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَاه ﴾[١٩] وقال : ﴿ وَمَنْ يَعْمَلْ مِنْ الصَّالِحَاتِ وَهُوَ مؤمن فَلاَ كُفْرَانَ لِسَعْيِهِ ﴾[٢٠] وقال : ﴿ فَلاَ تُظْلَمُ نَفْسٌ شَيْئاً ﴾[٢١] ومِن مِثْل هذا في القرآن كثيرٌ .

واختلف أهل العلم أيضاً في القصاص من القاتل هل يُكفر عنه إثْمَ القتلِ أم لَا على قولين ، فمنهم من ذهب إلى أنه يكفر عنه بدليل قول النبي عليه السلام الحدودُ كَفَّارات لأهلها ، فَعَمَّ ولم يَخُصَّ قتلاً من غيره ، ومنهم من ذهب الى أنه لا يكفره عنه لأنَّ المقتولَ مظلوم لا منفعة له في القصاص ، وإنما هو منفعة للاحياء عن القتل ، وهو معنى قول الله تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِي القِصَاصِ حَياةٌ ﴾[٢٢] فيكون القصاص في القتل على هذا القول مُخَصَّصاً من

---

(١٨) الآية ٣٥ من سورة محمد .

(١٩) الآية ٧ من سورة الزلزلة .

(٢٠) الآية ١٢٣ من سورة النساء .

(٢١) الآية ٤٧ من سورة الأنبياء .

(٢٢) الآية ١٧٩ من سورة البقرة .

حديث عُبَادَة : الحُدُودُ كَفَّارَاتٌ لأهْلِهَا ويبقى الحديثُ مُخَصَّصاً فِيمَا هو حق الله تعالى لا يَتَعَلَّق فيه حَقٌّ المخلوقِ وفي قول مالك في هذه الرواية دليلٌ على القولين جميعاً قوله في أولها أحب إليَّ أَنْ يُؤدي ديتَه اليهم يدل على أنَّ القتل يكون كفارةً له لأنه رآه حقاً لأولياء المقتول تَنُوبُ عنه الديةُ إذا رَضُوا بها ، وقوله في آخر المسألة وَمَا الدية عندي بالقوي يدل على أنَّهَا لا تنوب مناب القصاص منه في الانتفاع به في الآخرة وبالله التوفيق .

مسألــة

قال سحنون وعيسى : قال ابنُ القاسم : إذا نكل المدَّعَى عليهم في الخطإ غَرِمُوا الديةَ والقاتلُ كرجلٍ منهم ، ولا يستحلف هو ، وفي سماع عيسى فإن نكلَ أَحَدٌ من أولياءِ الدم عن القسامة في دم الخطإ فهو حق قد وجب على عاقلة المدعي عليهم فليس يُبْرِيهم إلاَّ اليمين لو كانوا عشرةَ آلاف ، فمن حلف منهم سقط عنه بقدر ما يصيبه ، ومن نكل غَرِمَ ما يقع عليه .

قال محمد بن رشد : قولُ ابنِ القاسم في رواية سحنون وعيسى عنه إذا نكلَ المدعي عليهم في الخطإ غرموا الدية والقاتلُ كرجل منهم يريد بالمدعي عليهم العاقلة كلها .

وقولُه ولا يستحلف هو معناه ولا يستحلف هو وحده بل يحلف مع جميع العاقلة فيما يجب عليه من الدية ، كما يحلف كل واحد منهم فيما يجب عليه منها .

وقولُه في رواية عيسى عنه وحده فإن نكل أحد من أولياء الدم عن القسامة في دم الخطأ فهو حق قد وجب على عاقلة المدعي عليهم يريد أنَّ حَظَّ من نكل عن اليمين من الورثة من الدية قد وجب على جميع العاقلة ولو كانوا عشرةَ آلاف والقاتلُ كرجلٍ منهم ، فمن حلف منهم سَقط عنه ما يصيبه من ذلك ،

ومن نكل غرم ما يصيبه منه ، ومن حلف من أولياء الدم وهم الورثة فقد استحق ما يجب له من الدية على جميع العاقلة والمدعي عليه كرجل منهم ، وإنما يستحق منهم ما يجب له من الدية بعد أن يَسْتَكْمِلُوا جميعَ الأيمان ، لأن من نكل من الورثة عن اليمين فهو بمنزلة من غاب لا يستحق من حضر حَظَّه من الدية حتى يحلف جميع الأيمان فإذا جاء من غاب حلف ما يجب عليه من الأيمان واستحق حظه من الدية ، وإن نكل عن اليمين فكما قال في الرواية يكون حظه من الدية على جميع العاقلة ولو كانوا عشرةَ آلاف والمدَّعيَ عليهم كرجلٍ منهم فمن حلف منهم سقط عنه ما يجب عليه من ذلك ، ومن نكل غرم ما يجب عليه منه ، فليس قول ابن القاسم في سماع عيسى عنه بخلافٍ لِمَا قبله من رِوَاية سحنون وعيسى عنه ، وإنما تكلم أوَّلاً على نكول الورثة ، وتكلم آخراً على نكول العاقلة أيضاً بعد نُكُولِ الورثة فقال إن جميع العاقلة والمدعى عليه الدم يحلفون في جميع الدية ولو كانوا عشرة آلاف إذا نكل جميعُ الورثة وفيما بقي من الدية ولو كانوا عشرة آلافٍ أيضاً إذا نكل بعضُ الورثة وحلف بعضهم .

وفي سماع سحنون خلافُ هذا القول أنه لا يحلف من العَاقِلة في الوجهين جميعاً إلا خمسون رجلاً يميناً لأنها جميعُ أيمانِ القسامة ، فإن حلف منهم خمسون رجلاً بَرِئوا وسقطت الدية ، وإن حلف بعضُهم بَرِىء من حلف معهم من الدية ووجبت الدية كلها على من بقي منهم إلَّا أن يأتوا بمن يحلف ما بقي من الخمسين يميناً ولو حلف منهم تسعة وأربعون رجلاً يميناً وبقيت يمينٌ واحدةٌ مِن الخمسين يميناً كانت الديـةُ كلها على من لم يحلف حتى يأتوا منهم بمن يحلف اليمين الباقية من الخمسين ، هذا معنى قوله في سماع سحنون مفسراً ، وله فيه قَوْلٌ آخرُ مثلُ ما في هذه الرواية أنَّ جميع العاقلة والمدعي عليه الدم يحلفون كلهم إذا نكل الورثة عن اليمين ، وفي المسألة قولٌ ثالثٌ أنهم إن نكلوا لم يكن لهم شيءٌ ، وإن نكل بعضُهم وحلفَ بعضٌ لم يكن لمن نكل منهم شيء ، وَلَا ترجع الأيمان على العاقلة

لأن الدية لم تجب عليهم بعدُ ، وإنما تجب بـالفرض وهـو قولُ ابن الماجشون ، وفي المسألةِ قولٌ رابع أنهم إن نكلُوا حلفَ المُدَّعيَ عليه الدم وحده ، فإن حلف سقطت الدية عنه وعن جميع العاقلة ، وإن نكل لزمه ما يلزم واحداً من العاقلة وَلَمْ يلزم العاقلةَ بنكوله شيءٌ لأن نكوله كالإقرار والعاقلةُ لا تحمل الإقرار ، لأنه بنكوله شاهدٌ على العاقلة ، وهو قولُ مالكٍ في رواية ابن وهب عنه ، وفي المسألة قولٌ خامسٌ أنَّ الأيمان ترد على العاقلة فإن حلفت بَرِئَتْ وإن نكلت عن اليمين غرمت نصفَ الدية قاله ربيعه ، وهو قول على ما روى عن عمر بن الخطاب في قضائه على السَّعدين وبالله التوفيق .

مسألــة

وفي سماع سحنون قال ابن القاسم : إذا نكل وُلَاةُ الدم في العمد رُدَّتْ الأيمانُ على أولياء القاتل ، فإن حلف منهم خمسون رجلاً خمسينَ يميناً بَرِىءَ ولم يكن على المدعي عليه أن يحلف معهم ، ولا يجبر هؤلاء على الأيمان إلَّا أن يَتَطَوَّعُوا ، فإن لم يجدوا خَمسين رجلاً ووجدوا أَقَلَّ من ذلك العدد حلفوا خمسين يميناً إذَا طاعوا بحملها كلها ورُدَّت عليهم حتى يَسْتَتِمُّوا ، فإن أَبَوا أن يحملوها كلها وقالوا نحن نحمل بعضَها واحْمِلْ أنتَ بَقِيَتَها فليس ذلك لهم إمَّا حملوها كلها ولا يكون على المدعي عليه منها شيءٌ ، وإما أن تسقط عنهم ويحملها المُدَّعَى عليه كلها وحده ويبرأ فَإن أبى سُجِنَ حتى يحلف ، قال ابنُ القاسم ولا يحلف عنه أقل من رجلين .

قال محمد بن رشد : هذه مسألةٌ فيها ثلاثةُ أقوال أحدها هذا وهو قولُ ابنِ القاسم في كتاب ابنِ المواز والثاني أن الايمانَ تُرَدُّ على المدعى عليهم فيحلف منهم رجلان أو أكثرُ خمسين يميناً تُرَدَّدُ الأيمانُ عليهم ويحلف

فيهم المتهم، فإن نَكَلُوا أو لم يوجد غير المتهم لم يَبْرَأ حتى يحلف خمسينَ يميناً وحْده ، وهو قولُ ابنِ القاسم في المجموعة ، والثالث أنَّ المدعى عليه يحلف وحده وَلا يكون له أن يستعين بأحدٍ من وُلَاتِه في الأيمان كما يكون ذلك لِوُلَاةِ المقتول ، وهذا قولُ مطرف في الواضحة وظاهر ما في رسم أوَّل عبدٍ من سماع يحيى وما في المدونة من قولِ ابن القاسم وروايته عن مالك ، وهذا القول أظهرُ الأقوالِ من جهة القياس ، لأن المدَّعي عليه حقيقة هو الذي يُدَّعى عليه القتلُ ويطلب منه القصاص ويتعلق به حكمٌ بالنكول ، فوجب أن يكون هو الذي يحلف وحده لِقول النبي عليه السلام : البينةُ على من ادعى واليمينُ على من أنكر .

وللقولين الآخرين حظ وافرٌ مِن النظر ، وهو أنه لما كانت الدماء تَقَعُ فيها الحمية والعصبة صار عصبةُ المقتول هم الطالبون بدم المقتول بحق التعصيب لا بحق الوراثة ، وصار عصبةُ القاتل هم المَطْلُوبُون معه لتعصبهم له ودِفاعِهم عنه ، ووجب أن ترجع الأيمانُ إذا نَكَلَ عنها عصبة المقتول على عصبةِ القاتل إذ هم المطْلوبُون بما فعل وليهم ، بدليل قول النبي عليه السلام للحَارثيين في قتيلهم الذي قُتِل بِخَيْبَر أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم ؟ فلما قالوا له صلى الله عليه وسلم : كيف نحلف ولم نشهد ولم نحضر؟ قال فَتبَرِّيكُم يهودُ بخمسين يميناً فَعَمَّهُمْ صلى الله عليه بالأيمان لَمَّا كانوا هم المدعى عليهم بأن صاحبَهم قَتَلَ ، فرأى ابنُ القاسم في الرواية الواحدة من حق القاتل أن يستعين في الأيمان بعصبة الذابِّين عنه المتعصين له المُنَاصبين دونه كما كان من حق القريب من عصبة المقتول أن يستعين في الأيمان بالبعيد منهم .

ورأى في الرواية الأخرى من حق عصبة القاتل إذا رُدَّتْ عليه الأيمان أَنْ يتحملوها عنه ويحلفوها دونه إنْ دُعوا إلى ذلك لجدهم في الدفاع عنه لما يزعمون من صحة يعنيهم بِبَراءته من قتله ، فإن أبوا أَنْ يحملون عنه جميعاً وأرادوا أن يُعِينوه فيها بأن يحملوا عنه بعضاً لم يمكنهم من ذلك لما تَبَيَّن بمشاحتهم في ذلك من ضعف يقينهم في أنه بَرِيءٌ مِمَّا ادعى عليه وبالله التوفيق .

مسألــة

وعن الذي يقتل خطأً وبعض العاقلة باطرابلس وَبِهَا قَتَلَ وبعضُهم بإفْرِيقية وهم كثيرٌ والذين باطرابلس نفرٌ يسيرٌ فهل يضم الذين باطرابلس إلى الذينْ بافريقية أو حتى يستوعب الدية بافريقية، قال : أرى أن يُضَمّ بعضُهُم إلى بعض .

قال محمد بن رشد : هذا صحيحٌ على ما في المدونة لِأن افريقية واطرابلس اقليم واحدٌ، فوجب أن يضم من بافريقية من عاقلة القاتل إلى من باطرابلس منهم ، ولو كان بعضُ عاقلةِ القاتل في غير الإقليم الذي هو به ، مثل أن يكون قَتَلَ القاتل في غير الإقليم الذي هو به ، مثل أن يكون قَتَلَ بمصر وقومُه بالشام أو بالشام وقومُه بالعراق فعقل عنه أقربُ القبائل إليه من الإقليم الذي هو من أهله ، ولا يضم إليه أحد من عاقلته إذا كانوا في إقليمٍ آخر ، هذا قولُه في المدونة وهو معنى قوله في هذه الرواية والله الموفق .

مسألــة

قال ابن القاسم في رجل قتل وله ابنان وترك خمسمائة دينار ناضة وعليه دَينُ خمسمائة دينارٍ وعفا أحدُ الإبنين عن القاتل بلا شيء فقضى على القاتل للذي لم يَعْفُ بنصف الدية .

قال ابن القاسم يقسم الخمسُمائة الدينُ على الخمسمائة الناضة والخمـسمائة الدية فيكون نصفُها في الخمسمائة التي أَخَذَ ، هذا وهو مائتان وخمسون ويكون بقيتُهـا له خاصَّة ، فلا يدْخل عليه فيها أخوه لِأنه عفا ، وتكون المائتان والخَمْسُون الباقية تمام الدية في الخمسمائة الناضة ويكون بقية الخمسمائة الناضة ميراثاً بين الإبنين ، قال وإن كانت الثلث والثلثين فعلى هذا الحساب ، قال : وقد بلغني

ما فسرتُ لك في هذه المسألة عن مالك إلاّ في القَوَدِ .

قال محمد بن رشد : قوله فقضى على القاتل للذي لم يعف بنصف الدية صحيحٌ على مذهبه وروايته عن مالك إنه إذا عفا أحدُ الأولياءِ عن الدم بعد وُجُوبِه بالبينة أو بالقسامة فلمن لم يعف حظُّه من الدية ، وقد مضى تحصيلُ الاختلاف في ذلك في أول رسم من سماع أشهب قبل هذا .

وقولُه إن الخمسمائة الدين تقسم على الخمسمائة الناضة والخمسمائة الدية فيكون نصفُها في الخمسمائة الدية ويكون بقيتها له خاصة لا يدخل عليه فيها أخوه الذي عفا ويكون نصفها في الخمسمائة الناضة ويكون الباقي منها ميراثاً بين الإبنين صحيحٌ على ما قاله ، لِأنه يجب على كل واحد منهما من الدين بِقَدْرِ ما صار له من المال ، فالذي عفا لم يَصِرْ له إلاّ مائتان وخمسون نصفُ الخمسمائة الناضة والذي لم يعف صار له مائتان وخمسون نصف الخمسمائة الناضة وخمسمائة حظه من الدية ، فذلك سبعمائة وخمسون ثلاثةُ أمثال ما صار للذي عفا فيجب عليه من الدية ثلاثةُ أرباعه ثلاثمائة وخمسة وسبعون فتبقى له ثلاثمائة وخمسة وسبعون ، ويجب من الدين على الذي عفا ربعه مائة وخمسة وعشرون فيبقى له مائة وخمسة وعشرون ، فهذا بيان ما قاله ، وبالله التوفيق .

ومن كتاب العرية

وسئل عن رجلٍ جرحه رجلٌ ثم ضَرَبَتْه دابته فلم يدر من أي الأمرين كان حتفُه .

قال : أرى نصفَ الدية على عاقلة الجارح ، قلت بقسامةٍ أم بغير قسامةٍ ؟ قال أرأيتَ قسامةً في نصف دية ؟

قال محمد بن رشد : المعنى في هذه المسألة أَن جُرح الرجل له وضربَ الدابة إياه كان في فَوْرٍ واحد ومات لِحِينه ، فحمل أمره على أنه مات من الأمرين جميعاً لإحتمال موته من كل واحد منهما احتمالاً واحداً ، لَا يمكن أن يغلب أحدهما على صاحبه ، ولابن القاسم في المجموعة أن في ذلك القسامة ، قال : وهو كَمَرَضِ المجروح بعد الجرح ، يريد أن أولياء الميت يُقْسِمُون لَمَاتَ من جرح الرجل إياه ويستوجبون جميعَ ديته على العاقلة إن كان الجرحُ خطأً أو الاستقادة منه إن كان الجرح عمداً،فإن لم يقسموا على هذا القول لم يكن لهم شيءٌ .

قال : ومن شَجَّ مُوضِحَةً فَتَرَاخى به بُرْؤُهُ حتى سَقَطَ عليه جِدَارٌ فقتله أو قتل إن له نصفَ عقل الموضحة وذلك عندي من أجلِ أنه لا يَدْرِي لعله إنما مات من الموضحة ولو جرحه أولاً ثم ضربته ذلك فلم يُدْرَ من أي الأمرين مات لكانت في ذلك القسامة والديةُ في الخَطَإِ أو القصاصُ في العمد قولاً واحداً لِأن الظاهر أنه مات من الأمر الآخر بمنزلة إذا جرح ثم مَرِض فمات وبالله التوفيق .

مسألــة

قال وفي كتاب الصلح في الرجل يُجْرَحُ ثم يمرض فيموت إن فيه القسامة .

قال محمد بن رشد : الديةُ على العاقلة في الخطإ ، والقِصَاصُ في العمد ، وهذا ما لا اختلاف فيه ، لِأنه لو حَيِـيَ بعد الجرح حياة بينة ثم مات من غير أن يمرض لكان هذا هو الحكم فيه فكيف إذا مرض ؟ وهذا إذا أثبت الجرح بشهادة شاهدين ، وصفة اليمين في هذا أن يحلفوا لَمَاتَ من الجرح الذي أصابه به لا من المرض الذي دخل عليه بعد ذلك ، وسيأتي في أول نوازل سحنون الإختلافُ ما إذا لم يشهد على الجرح إلاّ شاهدٌ واحدٌ ونتكلم على معناه إن شاء الله .

مسألــة

وقال في رجل قُتِلَ عمداً فأَوصى أن تقبل ديتُـه وَأوصى بوصايا .

قال : ذلك جائزٌ وتكون وصاياه فيمن يُؤخَذُ من ديته وتكون الدية كغيرها من ماله .

قلت أرأيت إن أوصى بالدية كلها لِقَوْمٍ بعد أن تقبض وليس له مالٌ غيرُها أتجوز وصيته فيها كلها كما كان يجوز له أَنْ يعفو عن القتل والدية ؟ فقال لَا يجوز له إلا في الثلث .

قال محمد بن رشد : قولُه في الذي أوصى أن تُقْبَلَ ديتُه وأوصى بوصايا إنّ وصاياه تكون فيما يؤخذ من ديته ، وهو مثلُ ما قاله في أول رسمٍ من سماع أصبغ من كتاب الوصايا وإنما يصح ذلك على قياس القولِ بأنه إذا عفا عنه على الدية أَوْ أوصى أن يعفا عنه على الدية إن ذلك يلزمه ، وأما على القول بأن ذلك لا يلزمه إلاّ برضاه وهو المشهور من مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك فلا يدْخل فيها الوصايا وإنْ أوصى أن تقبل ، إذْ ليس على يقين من أنه يرضى بذلك كما لو قال إنْ قَبِل وُلاتي ديتي فوصيتي فيها ، إذ ليس على يقين من قَبُولِ وُلاته لديته .

وإنما لم تجزُ وصيته بالدية كلها إذَا لم يمكن له مالٌ غيرُها وإن كان يجوز له أن يعفو عن القتل والدية من أجل أن الدية ليس بمال للميت ، غيرَ أَنّ السنة قد أحكمت أَنْ يُحكم لها بحكم مال الميت إذا قبلت ، فلَمّا لم تكن مالاً للميت قَبْلَ أن تقبل كان للميت أن يعفو عنها ، ولما صار حكمُها إذا قُبلت حكمَ مال الميت وجب أن لا تجوز وصيتُهُ إذا أوصى بها لِقوم إلاّ أن يحملها ثلثه ، فإن لم يحملها ثلثُه جاز لهم منها ما حمله الثلثُ وبالله التوفيق .

مسألـــة

وعن رجل قتل إنساناً في وسط الناس فأتبعه الناس وهو هارب فَاقْتَحَمَ بيتاً ودخلوا البيت بإثره فإذا فيه ثلاثة نَفَرٍ لا يدري أيهم هو.

قال إن حلف كل واحد منهم خمسين يميناً أنه لم يقتله كان العقل عليهم ثلاثتهم ، وإن نكل أحدُهم كان العقل على من نكل .

قلت له : فإن حلفوا ثلاثتُهم أنهم بَرَاءٌ من قتله كيف تستحق عليهم الدية بقسامةٍ أم بغير قسامةٍ أو نكل أحدُهم عن اليمين أَيقسم عليه أم لا ؟ قال بل تكون عليهم الدية بغير قسامة .

قال محمد بن رشد : قولُه في آخر المسألة قال بل تكون عليهم الدية بغير قسامة إنما هو جوابُ قلت له فإن حلفوا ثلاثتهم أنهم بَرَاءٌ من قتله كيف تستحق عليهم الدية بقسامة أم غير قسامة لا جوابٌ لقوله أو نكل أحدهم عن اليمين أيقسم عليه أم لَا لِأنه لم يقعْ على ذلك جواب .

والجواب على ذلك إنما هو أنه لا يقسم على من نكل لِأن اليمينَ في هذا لا ترجع في النكول على أولياء المقتول لِأن القتل قد ثبت على أحدهم من غير تعيين ، فإن حلفوا كلهم أو نكلوا كلهم كانت الدية عليهم جميعاً ، وإن حلف بعضُهم ونكل بعضُهم عن اليمين كانت الدية على من نكل منهم واحداً كان أو اثنين ولا يمين في شيء من ذلك كله على أولياء القتيل ، وإيجابُ القسامة على كل منهم هو على ما تقدم في تأخير العشاء من سماع ابن القاسم في أن المتهم بالدم يستحلف خمسين يميناً ، لِأن كل واحد منهم مُتَّهَمٌ بالدم إذ لم يُعْلَمْ من هو القاتل منهم ، هذا مذهب ابن القاسم في هذه المسألة ، وسحنون يقول إنه لا شيء عليهم ، وشهادةُ البينة أنهم رأوه دخل فيهم ولا يعرفونه بعينه باطل .

مسألـــة

وسألته عن رجل قال أحد عَبْدِيَ حُرٌّ وهو صحيح مسلم فقتل أحدُهما أو قتلا جميعاً أو مات أحدهما وبقي الآخر وكان الذي قتلهما رجلٌ واحد أو رجلان قتل كل واحد منهما رجلٌ قبل أن يعلم بعتق واحدٍ منهما فقال السيدُ حين قتل الوَاحِدُ وبقي الآخرُ إنّ المقتولَ هو الذي كنت أعتقته ، وقال القاتل : إنت كاذب ومدعي الديةَ ومُدَرِّىءٌ عن نفسك عتقَ هذا الباقي فلا يقبل قولُك .

قال ابنُ القاسم القولُ قولُ السيد ويكون على القاتل قيمتُه عبداً ويصدق فيما زعم أنه كان أعتقه ولا يصدق في الدية ، ويسترق الباقي منهما إذا ادعى السيد أن المقتولَ هو الذي أراد بالعتق ، قال سحنون في العتق مثلَه إنّ القول قولُه بعد أن يحلف بالله ما أردْت إلا الميت ثم لا يكون للآخر من العتق شيءٌ ، وإن قال أردْتُ الباقي حلف وعتق أيضاً من جميع المال ، وقال سحنون : ولو كان هذا القول منه في الصحة مثبتًا بالبينة ثم قال في مرضه لم أكن أردتُ واحداً منهما بعينه عتق هذا الباقي من رأس المال وفيه تنازع ، وهذا أَصَحُّ ما نعلمه وبالله التوفيق .

قال عيسى : وقال لي : فَقِسْ ذلك بالرجل يقول إِحْدَى إِمْرَأَتِيَ طالق فتموت إحداهما فيدعي الزوجُ أن الميتة هي التي أراد بالطلاق إن القولَ قولُه ويُمْسِكُ الباقية .

قال : ولو قال أيضاً في العبدَيْنِ لم أكن أعتقت بعدُ واحداً منهما حتى قتل إن الباقي من العبدَيْنِ يُعتق عليه ، وتكون ديةُ المقتول قيمةَ عبد .

قلت فلو قتلهما جميعاً رجلٌ واحدٌ ؟ فقال إن السيد قد كنت أعتقت أحدهما كان على القاتل قيمتُهما أيضاً عبدين ولو قال السيدُ لم أكن أعتقتُ واحداً حتى قتلا لم يكن على قاتلهما إلّا قيمتهما عبيداً أيضاً لأنهما عبيد حتى يعتق أحدُهما بعد قوله أحدُكما حُرٌّ ، قال : وسواء قتلهما واحد أَوْ قَتَلَ كُلًّ واحدٍ منهما رجلٌ إنْ قال لم أكن أعتقتُ منهما أحداً حتى قتلا لم يكن على قاتلهما إلّا قيمتُهما عبدين وقال قد كنت أعتقتُ أحدَهُما كان أيضاً على ذلك لم يكن على قاتلهما إلّا قيمتُهما عبدين .

قلت أرأيت إن كان قالَ ذلك في وصية قال أَحَد عبيدي حر فقتل أحدُهما أو جميعاً قتلهما رجلٌ واحد وقتل كل واحد منهما واحد قبل أن يقوما ويعتقا .

قال ديتُهما أبداً ديةُ عَبِيدٍ حتى يُحكم فيهما بالعتق لأنهما لا يعتقان حتى يقوما ، وإن قتل أحدهما أو مات وبقي الآخرُ فإنه يعتق في ثلث ما بقي ، ويكون الذي مات منهما أو قتل كمن لم تكن فيه وصية ، وهو بمنزلة الذي يقول عبدٌ من رقيقي حر ثم يموتوا كلهم إلا واحداً أو مات منهم يكون كمن لم تكن فيه وصيةٌ ويعتق هذا الباقي في ثلث ما بقي من مال الميت .

قال محمد بن رشد : تلخيص هذه المسألة أنه إن قتل أحدُهما فقال أردت بالعتق الذي قُتِل أو الذي بَقِي صدق في الوجهين جميعاً مع يمينه ، لِأنه إن قال أردت الميت اتهم على أنه أراد إرْقاقَ الباقي وإن قال أردتُ الباقيَ اتهم على أنه أراد أن يجر إليه ميراث الميت بالمِلك إن كان له ورثة أحرار ، وإن قال لم أُرد واحداً منهما لم يكن له أن يجعل العتق لمن مات أو أعتق الباقي على كل حال ، هذا هو قوله في هذه الرواية وفي رسم الصبرة من سماع يحيى من

كتاب العتق ، وسواءٌ قال لم أرد واحداً منهما في صحته أو في مرضه على ما قاله سحنون ، وقد حكى أن في ذلك اختلافاً إذا قاله في مرضه ، ويحتمل أَنْ يكون الإختلاف الذي أشار إليه أن يُعْتَقَ هذا الباقي ويكون ما زادت قيمتُه على قيمة الميت في ثلثه .

وأما إن قُتِلَا جميعاً قتلهما رجلٌ واحدٌ أَوْ رَجُلان فلا يصدق في أنه أراد واحداً منهما ، ويكون على عاقلتهما قيمتهما عبدين ، وإن كان قال ذلك في وصيته فَقُتِلَا جميعاً كان على قاتلهما قيمتهُما عبدين لأنهما عبدين حتى يقوما في الثلث ، وإن قُتِلَ أحدُهما أو مات فعتق الباقي منهما في الثلث وهو مِمَّا لا اختلاف فيه وبالله التوفيق .

مسألة

وسئل عن جَنِينِ النَّصرانية من العبد النصراني .

قال : هو حر ديته دية جنين الحر .

قلت فما دية جنين الحرِّ المسلم من النصرانية إذا طرح أو العبد المسلم من النَّصْرَانِية قال دية جنين الحرة من الحر المسلم نِصْفُ عُشْرِ دية أبيه المسلم ، وديةُ جنين النصرانية الحرة من العبد المسلم نصفُ عُشْرِ دية المسلم الحر ، وهو بمنزلة أَنْ لو كان أبوه حراً لِأنه على دين أبيه .

قال محمد بن رشد : هذا كله بين على ما قاله ، لأن الولد تبع لأبيه في الدين ولأمه في الحُرية وبالله التوفيق .

ومن كتاب أوصى أَنْ ينفق على أمهات أولاده

قال : ومَنَ شُـجَّ موضحة فاستُؤنى به البرءُ فسقط عليه جِدَارٌ فقتله أو قتل : إنّ له عقلَ المُوضحة .

قال محمد بن رشد : في المجموعة أن له نصفَ عقل الموضحة وقد ذكرنـا ذلك في رسم العرية ، وما في هذه الرواية من أَنّ له عقلَ الموضحة أَظهرُ ، لِأن الظاهر أنه مات من الأمر الآخر ، ووجه ما في المجموعة أنه لَمَا سقط عليه الجِدَار أو قُتِلَ قَبْلَ أن يَبْرَأ من الموضحة لم يدر من أي الأمرين مات ، وإن كان من الموضحة فلا يجب فيها شيء لِأن الموت يأتي عليها ، وإن كان من الأمر الآخر فالعقلُ فيها لازم فيجعل فيها النصف من أجل الشك ، وهو ضعيف وبالله التوفيق .

ومن كتاب بع ولا نقصان عليك

وسئل عن العبد يُجْرَحُ فيعتقه سيده وهو مجروح ثم يُنزَى في جرحه فيموت، قال: قال مالك: عقلُه عقل حُرٍّ الديةُ كاملةٌ قلت: كان عمداً أو خطأً ؟ قال : نعم كان عمداً أو خطأ ، قلت بقسامة أم بغير قسامة ؟ قال : بل بقسامة ، وكيف يُستحق دَمُ من قد عاش صاحبُه إلاّ بقسامة ، قلت له : فما باله لا يقتل به في العمد ؟ قال : القتلُ عظيم للشبهة التي دخلته ، ولو قال قَائِلٌ ديتُه ديةُ عبد لَكَانَ له مطعن فلا أرى له في العمد والخطأ إلاّ الدية فلو كان الجارِحُ أَنفذَ مقاتله فأعتقه سيدُه على تلك الحال قال أَلَيْسَ يورث بالحرية قلت : بلى ؟ قال فسواء أنفذ مقاتله أم لا أرى فيه الديةَ كاملة .

قال محمد بن رشد : لأشهب في كتاب ابن سحنون أنَّ ديته ديةُ عبدٍ لسيده وهو القياس ، لأنه وإن كان مات وهو حر فإنما مات من الجرح الذي أُصيب به وهو عبد ، وقولُ ابنِ القاسم وروايتُه عن مالك في هذا إستحسانٌ لأنه هو راعي حالَه يومَ الجُرح فيوجب القيمة لسيده ، ولا يوم الموت فيوجب القِصَاصَ على قاتله وأوجب الدية كاملةً في ماله مع القسامة إذا ثبت الجُرح أو بقول المقتول بعد عتقه أو بعد إسلامه على ما قاله في سماع سحنون يريد في العمد والخطأ لأن أصل الجناية في حال الرق والعاقلة لا تحمل الجناية على العبد ، فكما لا يُقْتَصُّ من الجاني من أجل أن الجناية بحال الرق ، فكذلك لا تكون الديةُ في الخطأ على العاقلة من أجل أن أصل الجناية في حال الرق ، ولو لم يمت العبدُ بعد العتق من ذلك الجرح إلاَّ أنه تراقى إلى مأمُومَةٍ أو إلى شيء آخرَ فأمَّا إذا تراقى إلى شيءٍ آخر مثلُ أن يجرحه موضحة أو يقطع أنفه وهو عبد فيذهب من ذلك بعد عتقه عينُهُ أو ما أشبه ذلك فللسيد في الموضحة نصفُ عُشْرِ قيمته ، وفي قطع أنفه ما نقص من قيمته ، وللعبد في ذهاب عينه دِيَة عينِ حُر خمسمائة في مال الحر أيضاً إن كان الجاني حراً وفي رقبة العبد إن كان الجاني عبداً يُخَيَّر سيدُه بين أن يفتكه بذلك أو يسلمه إلاَّ أن يشاء السيدُ القِصاص إن كانت الجنايةُ عمداً والجاني عليه عبدٌ فلا يكون له إلاَّ ذلك وليس له هو قصاص فيما تَرَاقَى إليه جرحُه بعد العتق للشبهة في ذلك بكون الجرح في حال الرق ، كما لا يقتص منه في العمدِ إذا آلَ الجُرح بعد العتق إلى النفس للشبهة التي دخلته ، وأما إذا تراقى إلى زيادة في الجرح لا إلى شيء آخر مثل أن يجرحه وهو عبدٌ موضحةً فتصير بعد عتقه منقلة أو مَأْمَومَةً أو منقلة فتصير مأمومة وما أشبه ذلك ففيه اختلافٌ قيل إنه يكون عليه لسيده عقلُ موضحة العبد نصفُ عُشْرِ ثمنه ويكون له هو ما بين الموضحة والمنقلة أو المأمومة من دية الحر بمنزلة إذا تراقى إلى شيء آخر ، وهو قول سحنون في أول سماع ابنِ القاسم من كتاب الجنايات والذي يأتي على مذهب ابنِ القاسم وَأَحدِ قولي مالك في أول سماع ابنِ القاسم من كتاب الجنايات في أنَّ من

جرح موضحة فصارت منقلة يقتص له من الموضحة، ويكون له عقل ما بين الموضحة والمنقلة ، ويأتي على قياس القول بأنه ليس له إلاَّ عقلُ المأمومة أن يكون للسيد إذا اعتق عبيدُه بعد أن جرح موضحة فصارت منقلة عقلُ منقلة ، وقال ابنُ الماجشون على جارحه دية منقلة حر يريد للعبد المعتق فَحَكَم للمجروح بمال آلَ اليه المجروح من المنقلة ، وهذا القولُ الثالث أبعدُ الأقوال ، لأنه جعل تَرَاقِي الجُرح بعد الى العتق إلى مأمُومَة كتراقِيهِ إلى الموت على مذهب ابن القاسم الذي يرى في ذلك الدية دِيَةَ الحر كاملة .

وأما قولُه إذا انفذت مقاتله وهو عبدٌ ثم أعتق إنَّ فيه الديةَ كاملةً لأنه يورث بالحرية ففيه نظر ، والقياسُ أن تكون قيمته لسيده وميراثُه له بالرق ، وقد روى عن سحنون فيمن انفذت مقاتله أنَّ وصيتَه لا تجوز وقع ذلك من قوله في الجهاد من النوادر ، فعلى قوله لا يرث ولا يورث ، وقال غيرُه إنَّ وصية جائزةٌ وقد أوصى عمرُ حين طُعِنَ فجَازَتْ وصيتُه فقول ابنِ القاسم في هذا يأتي على قياس رواية ابي زيد فيمن أنفذَ مَقَاتِلَ رجلٍ ثم أجهز عليه آخَرُ إنَّ الآخَرَ يقتل به ويعاقب الأول .

فيتحصل في جملة المسألة ثلاثة أقوال بالتفرقة بين أَنْ يعتق العبدُ أو يُسلم النصراني قبل أَنْ تنفذَ مقاتلُه أو بعد أَنْ انفذت مقاتله وبالله التوفيق .

وَمِنْ كِتَاب لَمْ يُدْرِك

وقال إذا حُبِسَ الرجلُ في القَتل فعُفِيَ عنه بعد التثبت بالبينة أو بالقسامة جُلِدَ مائةً واستقبل به حبسُ سَنَةٍ من يوم يجلد ولا يُحسب في السنة مَا حُبِسَ قبلَ ذلك .

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قاله لأن الحبسَ الذي حُبِس قبل

العفو حق لِلْوَلي والحبسَ الذي بعد العفو حَقٌّ لله فلا يدْخل أحدُهما في الآخر وبالله التوفيق .

مسألـــة

وقال في الثور العقور والجمل الضول(٢٣) والكلب العقور أو شيءٍ من العجماء إذا عُرف بالعداءِ على الناس أُمِرَ صاحبُه بذبحه وَتُقدِّمَ إليه ، فإن عَقَر أحداً بعد التقدم فهو ضامن له في ماله .

قلت فلو كان الثورُ قد قتل رجلاً بعد التقدم إلى سيده ولم يشهد على قتله إلّا شاهدٌ واحدٌ هل يحلف ورثة الميت مع شاهدهم ويستحقون الدم ؟ قال : نعم يحلفون يميناً واحدة كما يُحْلَفُ في الحقوق ، ويستحقون الدم مع شهادة شاهدهم ، وقال لا يكون شيء مما عَدَوا به على الناس على العاقلة ، وإنما ذلك في ماله خاصة وإن بلغ الدية كاملةً .

قال محمد بن رشد : قولُه إن عَدَا بعد التقدم اليه فهو ضامن يريد وإن كان التقدمُ إليه بالجيران دون السلطان ، وهو مثلُ ما في المدونة خلافُ ما في سماع عبد الملك بنِ الحسن من كتاب السلطان أنه لا يضمن إلَّا أن يتقدم اليه في ذلك بالسلطان ، وقد قيل إنه ضامنٌ وإن لم يتقدم اليه ولا أُشْهِد عليه ، قاله أشهب وسحنون في الحائط إذا بَلَغَ مبلغاً يجب عليه هدمه فتركه ، وكذلك يلزم على قياس قولهما في الكلب العقور والجمل الضول أنه لا ضمان على صاحبهما بحال ، وإن تُقدِّمَ إليه ، فهو قول رابع في المسألة ، وقد مضى هذا في سماع يحيى وعبد الملك من كتاب السلطان .

(٢٣) كذا بالأصل وبنسخة ق ٣ : بالضاد ، ولعل الصواب فيه الصؤول ، قال في تاج العروس : قال الأزهري : والأصل فيه ترك الهمزة ، وقال الليث : جمل صؤول يأكل راعيه ويواثب الناس فيأكلهم ، ويقال في المثل : أَصْوَلُ مِن جَمَل .

وقوله إنه لا يكون على العاقلة من ذلك شيء وإن كان المعقور حراً خلافُ قول ابن وهب في سماع زونان من كتاب السلطان إنَّ ذلك على العاقلة إن بلغ الثلثَ فَصَاعِداً ، وقولُ ابن القاسم أظهر أَنْ لا يكون على العاقلة من ذلك شيءٌ لأنَّ العاقلة لا تحمل العمدَ وهَذَا فِيهِ شَبَهٌ مَن العمد لأنه متعد في حبس هذا الحيوان المُؤذي حيث لا يجوز له .

وقولُه إنه يستحق ذلك باليمين مع الشاهد الواحد كالحقوق صحيحٌ على قوله في أنه لا يكون على العاقلة من ذلك شيءٌ ، ولا يحلف على قياس قوله مع قول العقور ، وحكى ابنُ مزين عن أصبغ أنَّ ذلك لا يثبت إلاَّ بشهادة شاهدين وأنكرَ رواية عيسى هذه ، ويأتي على قياس قول ابن وهب أن يستحق ذلك بما يستحق به دمَ الخطأ من القسامة وغير ذلك ، روى عيسى عن ابن القاسم أنه إن قتلَ رَجُلٌ الجَمَلَ الضول بعد التقدم إلى صاحبه فذكر أنه أَراده وَصَالَ عليه فلا غُرم عليه فيه ، ويقبل قولُه في ذلك ، يريد مع يمينه بغير بينة إذا كان بموضع ليس يحضره الناس ، وهذا على ما مضى تحصيلُ القول فيه في رسم باع شاة من سماع عيسى من كتاب جامع البيوع في الذي يدعي ضياع ما أؤتمن عليه مما لا يُغاب عليه ، وبالله التوفيق .

مسألـــة

وسألته عن الرجل يُقْتَل فيدعي دمَه قِبَلَ رجلٍ صالح فيُصَالح عليه ورثته على شيء يدفعه إليهم ، ثم يقومُ رجل فيقولُ أنا قتلته .

قال : إن شاء وُلَاة الدَّم تَمَاسَكُوا بصلحهم وأمضوه وإن شاؤ ا قتلَ الذي أقر لهم وفسخَ الصُّلح ، قلت : وكيف يَكُون الصلحُ أَبْعَدَ أن تثبُتَ لهم القسامةُ ؟ قال : وإنْ لم تثبت لهم القسامة إذا قال لهم المدعي عليه ما تصنعون بالبينة وطلبها؟ صالحوني فإذا صالحهم جاز الصلحُ فهم مُخَيَّرون في أن يمضوا الصلحَ وفي أَنْ يقتلوا الذي أَقَرَّ لهم .

قلت بقسامة أو بغير قسامة ؟ قال : بغير قسامة قلت : فلو أنَّ قوماً أقسموا على رجل ، فقال أنا قتلتُه ؟ قال : ما أَخذتُ الأولَ إلَّا من هذا ، هم مخيرون إن شاءوا قتلوا الذي أقسموا عليه ، وإن شاءوا الذي أقَرَّ لهم .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى القول عليها مستوفى في أول سماع عيسى ، إذ لا فرق بين أَنْ يقر الرجلُ بقتل الرجل بعد أَنْ صالحوا غيره ، أو أقسموا عليه أَوْ وجبت لهم القسامة عليه ، فلا معنى لاعادة شيء منه .

مسألـة

قال ابن القاسم : وما أصابَ الكلبُ العقورُ في الموضع الذي لا يجوز اتخاذُه قَبْلَ التقدم اليه فصاحبُه ضامن .

قال محمد بن رشد : هذا بين أَنَّ الاختلاف الذي ذكرناه فيما تقدم في هذا الرسم إنما هو إذا اتخذه في الموضع الذي يجوز له فيه اتخاذه والله المُوفق .

ومن كتاب سلف ديناراً

وقال في نصراني حُرّ قتل عبداً مسلماً عمداً ، قال فيه اختلافٌ ، ورأى أَنْ يقتل به ، قال سحنون أَرَى عليه قيمته وهو سلعة من السِّلع .

قال محمد بن رشد : قوله وأرى أن يُقتل به معناه إذا أراد سيدُ العبد المقتول أن يستقيدَ منه ، وأما إن أراد أَنْ يُضمنه قيمة عبده ولا يقتله به فلا اختلاف في أنَّ ذلك له ، وإنما الاختلاف إذا أراد أن يقتله ، فقيل إنَّ ذلك لَيس له وهو الأظهر من جهة إتباع ظاهر ما في القرآن ، وذلك أنَّ الله تعالى قال

في كتابه : ﴿ يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمْ القِصَاصُ فِي القَتْلَى الحُرُّ بِالحُرِّ وَالعَبْدُ بالعَبْدِ ﴾(٢٤) فَعَمَّ ولم يخص مسلماً من كافرٍ ، والمعنى في قوله كُتِبَ عليكم القصاص أَنْ كُتِبَ عليكم الحكمُ به ، فوجب أن يُحمل على عمومه في الكافر والمسلم ، وقال عز وجل : ﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لَوَلِيِّهِ سُلْطاناً ﴾(٢٥) والولي المختص بالرجل هو العَاصِبُ والذي له الميراثُ والعبدُ لَا عَاصِبَ له يرثه لِأن ميراثَه لسيده الذي يملك رقبتَه وهو ماله ، وقيل إنَّ ذلك له ، وهو الأظهر من جهة المعنى ، وذلك أن القصاص إنما يكون في الموضع الذي تتكافأ فيه الدماءُ بالحرية والاسلام أو يكون دمُ المقتول أعظمَ حرمة من دم القاتل بحرية أو اسلام لأنه إذا كان المسلمُ يُقتل بالمسلم لِتَكافيء دمائهما بالحرية فالنصراني أحقُّ أَنْ يُقتل به لنُقصان مَرْتبته عن مرتبة المُسلم ، وإذا كان الحر يُقتل بالحر لتكافيء دمائهما بالحرية فالعبدُ أحرى أن يقتل به لِنُقصان مرتبته عن مرتبة الحر فإذا قتل النصراني الحُرُّ العبدَ المسلمَ فلِلنصراني مزيةٌ على العبد بالحرية ، وللعبد عليه مزية بالاسلام ، وَحُرْمَةُ الإسلام أعظَمُ من حُرمة الحرية ، فوجب أن يقتل به ويُجعل الآيةُ في قوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ القِصَاصُ فِي القَتْلَى الحُرُّ بِالحُرِّ وَالعَبْدُ بِالْعَبْدِ ﴾ مخصوصة على المسلمين المخاطبين بها ، بدليل قوله فيها : ﴿ يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمْ ﴾ .

وقولُه : في آخر الآية الأخرى : ﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطاناً ﴾(٢٦) يحتمل أَنْ يدخل فيه السيد لأنه أَحَقُّ بعيده وهو يرثه فيكون له بمنزلة العاصب للحر ، وهذا القولُ أظهر وهو قول ابنِ القاسم أيضاً بعد هذا في هذا الرسم وقولُ أشهب في سماع عبد الملك والله أعلم .

---

(٢٤) الآية ١٧٨ من سورة البقرة .

(٢٥) الآية ٣٣ من سورة الإسراء .

(٢٦) الآية ٣٣ من سورة الإسراء .

مسألــة

وقال ابنُ القاسم إذَا تَسَاوَقَ النصرانيُّ إلى حكم المسلمين في قتل وقع بينهم فقال النصراني القاتل : ليس في ديننا قَتْلٌ ولا قَوَدٌ .

قال لا يقبل منه في ذلك لأنه من الفساد وعلى حكم المسلمين أن ينظر في ذلك ، فإن شهد عنده على القتل شهيدا عدل من المسلمين مثل من شهد عليه قال عيسى يُسَلَّمُ إلى أولياء النصراني فإن شاءوا قتلوه وإن شاءوا استحيوه ، فإن عفوا رأَيتُ الإمام أن يضربه مائة ويسجنه سنة .

قال محمد بن رشد : قولُ عيسى مُفَسِّرٌ لقول ابن القاسم ، لأن القصاص من حق أولياء المقتول ، وضربُ مائة وسجن سنة حق لله تعالى لا يجوز العَفْوُ عنه ، والمسألة بينة صحيحةٌ لا اختلاف فيها لأنَّ القتل العَمْد من التَّظَالُمِ الذي يجب على الإمام الحكمُ فيه بين أهل الذمة ، وإنما اختلف فيما لم يكن من التظالم كالربا وشبهه من طَلَاقهم وحُدُودِهم هل يجب على الإمام الحكمُ بينهم فيه إذا ارتفعوا اليه وحكموه ، فقيل إنَّ ذلك يَجِبُ عليه لقوله تعالى : ﴿ وَأَنْ أَحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ ﴾[٢٧] وقيل إن ذلك لا يجب عليه لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ جَاؤُكَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ أَوْ أَعْرِضْ عَنْهُمْ ﴾[٢٨] وقد مضى الكلامُ في الاختلاف في تأويل الآيات في هذا واختلافُ العلماء في الحُكم في ذلك لاختلافهم في تأويلها مستوفى في رسم لم يدرك من سماع عيسى من كتاب التجارة إلى أرض الحرب فلا معنى لإعادته .

---

(٢٧) الآية ٥٢ من سورة المائدة .

(٢٨) الآية ٤٥ من سورة المائدة .

مسألــة

وقال ابنُ القاسم : إذا قَتَلَ اليهودي الحُرُّ أو النصْراني عبداً مسلماً قُتِلاَ به ، وإن قتل العبدُ المسلمُ النصرانيَ الحُرَّ أو اليهودي الحر لم يُقْتَلْ به وَخُيِّر صاحبُه في أن يفتكه بديته أو يسلمه فيباع له ، وقال غيره : لا يقْتَل واحدٌ منهما لأنَّ العبدَ مالٌ من الأموال ولكن يُضْرَبُ ويَغْرَمُ قيمةَ العبد .

قال محمد بن رشد : غَيْرُ ابن القاسمِ هو قولُ سحنون الذي تقدم في أول الرسم ، وقد مضى الكلامُ فَوْقَ هذا في قتل النصراني الحر العبدَ المسلمَ وتوجيهُ الاختلاف فيه فلا وجه لإعادته .

وأما إذا قتل العبدُ المسلمُ النصرانيَ الحر فلا اختلاف في أنه لا يقتل به إذ لَا تتكافأُ دماؤهما لأن حُرْمَةَ الإسلام أعظمُ من حُرمة الحرية فهي جناية من العبد يُخير سيدُه في إسلامه فيها فيباع له إذْ لا يُمكن النصراني من مِلْكِ العبدِ المُسلم أو افتكاكه بها كما قال ، وكذلك إذا جَرَحَهُ يُخَيَّر السيدُ في افتكاكه بالجناية أو إسلامه بها إلاَّ أنه يُختلف إنْ أسلمه بها فكان ثمنُه أكثرَ من الجناية فقيل إنه يكون له ثمنُه كله ، وهو قولُ ابنِ القاسم في رواية عيسى عنه في المدنية ، قال وكذلك قال مالك ، وروى محمد بن صدقة عن مالك مثل ذلك ، وقال مطرف وابن الماجشون في ثمانية أبي زيد إذا أبى سيدُه أن يفتديه بِيعَ وأُعطي النصراني من ثمنه دية جرحه فإن فَضِلَ فضلٌ فهو لسيده ، قال أصبغ بن الفرج : وقد كان مالك يقولُ هذا في موطئه ، ثم رجع عنه وقال يُعطى ثمنه كله للنصراني ، وهو أصوب القولين عندنا وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن المدبر يقتلُ سيدَه عمداً أو خطأً .

قال : إن كان قتله خطأً عتق في ماله ولم يعتق في ديته ، وكانت الديةُ عليه ديناً ، وليس على عاقلته منها شيءٌ لِأنه إنما صنع ما صنع وهو مملوكٌ قال أصبغ وهذا إذا حمله الثلثُ وإن لم يخرج من الثلث عَتَقَ منه مبلغُ الثلث وكان عليه من الدية بقدر ما عتق منه ، ويؤخذ من ماله إن كان له مال أو يتبع به دينا إن لم يكن له مالٌ ولا يدْخل فيما يؤخذ منه من الدية ولا يعتق فيها منه شيء ، قَالَ عيسى : قال ابن القاسم : وإن كان قتله عمداً قُتِلَ به ، فإن كان استحياه الورثة بطل تدبيره وكان عبداً مملوكاً قلت لسحنون : فلو فعلت ذلك أُمُّ الولد لسيدها خطأً ؟ قال : تعتق في ماله وتكون الدية عليه دَيْناً تتبع به في ذمتها ، ولا يكو على عاقلتها منها شيء ، وإن كانت قَتَلَتْهُ عمداً قُتلت به إلاّ أن يَسْتَحْيِيَهَا الورثة على أَمْرٍ يصطلحون به.

قال محمد بن رشد : أَمّا مسألةُ المدَبر يقتل سيدَه عمداً أو خطأ فكما قال : لا اختلاف فيه ، وقولُ أصبغ تفسيرٌ له ، وقد مضت المسألة في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب المدبر .

وأما قولُ سحنون في أُم الولد تقتل سيدَها خطأ إنها تُعْتَقُ في رأس ماله وتكون الدية عليها ديناً تتبع به في ذمتها ولا يكون على عاقلتها منه شيء ففيه اختلافٌ ، حكى ابنُ حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم أنّهَا تُعتق ولا تتبع هي ولا عاقلتُها بشيء بخلاف المدبر ، وقال أصبغُ من رَأْيِهِ : إنها تتبع مثلُ قول سحنون ، فغلب ابنُ القاسم في حَقها حكمَ الحرية فلم يُلزمها الدية لأنّ ما جنى الحُرُّ خطأً فهو على العاقلة لَا عليه ، ولم يَوجب على عاقلتها شيئاً إذ لا تحمل العاقلةُ إلاّ جِنَاية من قد بُتِّلَتْ حريتُه ، ويلزم على قياس قوله أن يلزمها من الدية ما يجب عليها منها مع العاقلة ،وأما أصبغ وسحنون فغلبا في أمرها حكمَ الرق على حكم الحرية لِأن أحكامها أحكامُ أمةٍ حتى يموتَ سيدُها ، والجناية منها عليه مُتَقَدِّمَة على موته منها ، فأشبهت عندهما المدبر يجني على

سيده ثم يعتق في الثلث أن الورثة يتبعونه بما بقي عليه من جنايته بعد خدمته ولا يشتبِهان لِأن أُمَّ الولد لا تتبع بما جنت على سيدها ، وقد قال غيرُ ابن القاسم في المدونة إن المدبرَ لا يختدمه سيدهُ بالجناية ولا يتبع بعد عتقه بها ، فكيف بِأُمِّ الولد .

واختلف أيضاً في المكاتب يقتل سيده فَيُسْتَحْيَي ، فقال ابنُ القاسم إنه لا يتبع إلا بالكتابة ، وقال عبد الملك جنايته على سيده كجنايته على أجنبي إما وُدِيَ الدية معجلة وَإلاّ عُجز .

وأما جنايه المعتق إلى أجل ثم يَخْرُجُ حراً ويتبع بما بقي وقال عبد الملك : يتبع بجميع الدية ولا يحتسب على الورثة بخدمته وبالله التوفيق .

ومن كتاب
أسلم وَلَهُ بَنُونَ صِغار

وقال ابنُ القاسم إذا وقع الذُّبَاب على الدابة فنفخت إنساناً لم يكن على راكبها شيء .

قال محمد بن رشد : هذا كما قال ، وهو مِثْلُ ما في المدونة وغيرها ، لأن ما لم يكن له فيه سبب فهو هَدَرٌ لِأنَّ جرح العجماء جُبَارُ بالسُّنَّةِ[٢٩] الثَّابِتَة عن النبي عليه السلام .

---

(٢٩) أخرجه الجماعة من حديث أبي هريرة بلفظ : العجماء جُرحها جُبار ، والبئر جُبار والمعدن جُبار ، وفي الركاز الخمس ، انظره في باب ما جاء في الركاز والمعادن من كتاب الزكاة من نيل الأوطار .

مسألــة

وسئل عن رجل أصاب رجلاً بجراح فَأَرَادَ أن يُصالحه في الجراحات بشيء يعطيه عن الجراح والموت إنْ كان .

فقال لَا يصلح الصلحُ على وضع الموت ، ولكنه يُصالحه على شيء معلوم ولا يدفع إليه شيئاً فإن بَرِيء كان له ما صُولح عليه ، وإن مات كانت فيه القسامة والدية إن كان خطأً بعد أَنْ يقسموا أو القتلُ إن كان عمداً .

قال محمد بن رشد : لم يُجز ابنُ القاسم في هذه الرواية الصلحَ في جراحات العمد والخطأ عليها وعلى ما تراقَتْ إليه من موت أو غيره جملة من غير تفصيل .

وفي ذلك تفصيلٌ .

أما جرح الخطأ فيما دون الثلث كَالمُوضحة وشبهها فلا اختلاف في أن الصلح فيها على ما تراقت إليه من موت وغيره لا يجوز ، لِأنه إن مات كانت الدية على العاقلة فهو لا يدري يومَ صالح ما يجب عليه مما لا يجب فإن وقع الصلح على ذلك فُسِخَ متى ما عُثِرَ عليه ، فإن برِىء كانت عليه دية للموضحة ، وإن مات كانت الدية فيه على العاقلة بقسامة .

وأما جرح الخطأ فيما فوق الثلث فيتخرج جوازُ الصلح فيه على ما يتراقى إليه من موت أو غيره على قولين أحدهما أن ذلك لا يجوز ، وهو قوله في هذه الرواية وظاهرُ ما حكى ابنُ حبيب في الواضحة إذْ لم يُفَرِّقْ في جرح الخطأ بين أن يكون أقل من الثلث أو أكثر منه والثاني أن ذلك جائزٌ إذْ لا غرر فيه لِأن دِيَةَ الجراح إنما تجب على العاقلة كما يجب عليه ديةُ النفس ، فكأنه إنما صالح عن العاقلة .

وأما جرح العمد فيما فيه القصاص فالمُصَالَحَةُ فيه على وضع الموت جائزةٌ على ظاهر ما في الصلح من المدونة وما نص عليه ابن حبيب في الواضحة خلافُ قوله في هذه الرواية ، والجوازُ فيها أظهر لِأنه إذا كان للمقتول أن يعفوَ عن دمه قبل موته جازَ أن يُصَالح عنه بما شاء .

وأما جرح العمد الذي لا قصاص فيه فلا يجوز الصلح فيه على وضع الموت ، حكى ذلك ابنُ حبيب في الواضحة ولا أعرِفُ فيه نصّ خلاف .

وأما الصلحُ فيه على الجرح دون وضع الموت فأجازه ابنُ حبيب فيما له دية مسماة كالمأمُومَة والمنقلة والجائفة ، قال في موضع واحد إنّ الصلح فيه جائز على ما تراقى إليه مما دون النفس ، وقال في موضع آخر لا يجوز إلّا فيه بعينه على ما تراقى إليه من زيادَةٍ ولم يجزه فيما لا دية له مسماة إلّا بعد البرء ، فهذا تحصيلُ الاختلاف في هذه المسألة .

واختلف إذا صالحه على الجرح الخطأ أو العمد خاصةً فَنُزِيَ في جرحه فمات على ثلاثة أقوال أحدها أن أولياء المجروح بالخيار بين أَنْ يتمسكوا بصلحهم وبين أَنْ يَرُدوا ما وقع به الصلحُ فيقسموا ويقتلوا في العمد ويأخذوا الدية في الخطأ من العاقلة ، وهو قول أصبغ في الواضحة والثاني أنه ليس لهم أن يتمسكوا بالصلح لا في العمد ولا في الخطإ إلّا برضى القاتل ، لأن من حقه أن يقول في العمد قد عادت الجنايةُ فليس لكم أن تتمسكوا بالصلح ، لِأنه إنما لهم القسامة والقود ، هو قولُ أشهب على أصله في أن من قطعت يدُه فَنُزِي فيها فمات أن أولياء القتيل إنما لهم أن يقسموا ويقتلوا ، وليس لهم القود في الجُرح إن أبوا من القسامة ، لأنَّ الدم آل إلى النفس كما أَنَّ من حقه أَنْ يقول في الخطأ قد عَادَتْ الجناية إلى النفس ووجبت الدية على العاقلة بقسامتكم فَرُدُّوا على مَالِي والثالث الفرقُ بين العمد والخطأ وهو مذهب ابن القاسم وظاهرُ قوله في المدونة وفي رسم المكاتب من سماع يحيى بعد هذا فيخير ورثةُ المقتول في العمد بين أن يتمسكوا بالصلح وبين أَنْ يردوه ويُقسموا

فيقتلوا على أصله في أنّ من قطعت يده فَنُزِيَ فيها فمات أن الورثة بالخيار بين أن يقسموا ويقتلوا وبين أن يقطعوا يده ولا يقسموا ولا يخيروا في الخطأ ، فيردون على الجارح ما أخذ منه في الصلح ويقسمون فيستحقون الدية على العاقلة وبالله التوفيق .

وفي كتاب جَاعَ فباع إمْرَأَتَه

قلت : فلو قتل عمداً وله مائة دينار وعليه مائة دينار وقد أَوْصَى بوصايا فعفا عن القاتل فأخذت الدية .

قال : يقضي المائة الدين من المائة التي علم وتكون الدية خالصة لِورثة المقتول وتسقط الوصايا .

قلت : فلو كان ترك مائة دينار وخمسة وأربعين ديناراً وعليه مائة دينار دين وأوصى بوصايا ثم طرأَ له مالٌ بعد الموت ؟ قال يقضي المائة من هذا المال الذي علم به ، ويُنْظَرُ إلى ما فضل وذلك خمسة وأربعون ديناراً فتكون لأهل الوصايا خمسة عشر ديناراً يتحاصون فيها على قدر وصاياهم إلاّ أن يكون في الوصية عتق فيبدأ به في الخمسة عشر ديناراً على أهل الوصايا ويكون لورثة الميت ثلاثون ديناراً ، ويكون المال الطارىءُ لأهل ميراثه لا يدخل فيها شيءٌ من وصاياه إلاَّ أن يكون تدبيراً فان كان مدبرٌ ووصايا فإن المُدبر يعتق بعد إخراج الدين فيما علم وفيما لم يعلم .

وتفسير ذلك أنه لا ينظر في ثُلُثِ هذا المال الذي علم به بعد إخراج الدين منه فإن كان ثلثُه مائةَ دينارٍ وثلث المال الطارىءِ مائتان قسمت قيمة المدبر على الثلث والثلثين فعتق ثلثاه في ثلث الطارىءِ

وثلثه في ثلث المال الذي علم به ، فإن فضل من ثلث المال الذي علم به بعد عتق ثلث المدبر فيه شيء كان ما فضل لِأهلِ الوصايا ، وإن لم يفضل شيء فلا شيء لهم ، وإن أَحَاطَ الذين بجميع المال الذي علم به سقطت الوصايا ورجع المدبر فعتق به في ثلث المال الـطارىءِ أَوْ مَا حمل منه الثلث .

قال ولو كان الدينُ أكثر من المال الذي علم به الميت قضى صاحب الدَّين المال الذي علم به الميت ورجع فتقاضى بقيةَ حقه من المال الطارىء ثم كان المدبر في ثلث ما بقي من المال الطارىء وسقطت الوصايا .

قال محمد بن رشد : لم يفرق في هذه الرواية بين تدبير الصحة والمرض وقال إنه يدخل فيما علم الميتُ من المال وفيما لم يعلم بظاهر قوله إنّ المدبرَ في المرض يدخل فيما لم يعلم به الميت مِن المال ، وهو نص قوله في رسم المدبر من سماع أصبغ من كتاب المدبر ، ونَصّ قوله أيضاً في **المَدَنِية** من رواية عيسى عنه خلاف مذهبه في **المدونة** من أنه لا يدخل فيما لم يعلم به الميت من المال إلّا المدبَّر في الصحة .

واختُلف في المبتل في المرض هل يدخل فيما لم يعلم به الميت من المال أم لا ؟ فالمنصوص عليه لابن القاسم في رسم المدبر من سماع أصبغ من كتاب المدبر أنه لا يدخل فيما لم يعلم به من المال بخلاف المدبر في المرض ، وقد مضى هناك الكلام إذا اجتمعا جميعاً على هذا القول وللميت مال قد علم به ومال لم يعلم به ، فلا معنى لإعادته .

وسائر(٣٠) ما ذكره في هذه الرواية من أن الوصايا لا تدخل فيما يطرأ

(٣٠) من هنا يبتدىء البتر في **الأصل** إلى النهاية التي سنشير إليها بعد نحو صفحتين ، ولعل=

للميت من مال لم يعلم به صحيح لا اختلاف فيه .

وما ذكره من أنه إذا كان على الميت من الدين مثل ما ترك من المال وطرأ له مال لم يعلم به أن الدين يخرج من المال الذي علم به ولا يكون لأهل الوصايا شيء من المال الذي لم يعلم به ، بيِّنٌ لا إشكال فيه والحمد لله .

مسألـة

قلت : فلو أن رجلاً قتل عبداً وله وليان وترك مائة دينار وعليه مائة دينار ديناً ، فعفا أحد الوليين عن الدم والدية وأخذ الذي لم يعف منها من الدية خمسمائة دينار ؟

قال : تفضُّ المائة الدين على المائة التي مات عنها الميت وعلى الخمسمائة التي أخذت من الدية فيصيب كل مائة من الدين ما أصابها عنده ، ثم يرجع الذي لم يعف فيقاسم صاحبه ما بقي من المائة التي مات عنها الميت بعد إخراج سدس المائة الدين منها .

وتفسير ذلك أن حسابها يقوم من اثني عشر سهماً ، ألا ترى لو أن الميت لم يكن عليه دين وقد مات عن مائة دينار لكان لهذا الخمسمائة دينار من الدية خالصاً ، وكان له نصف المائة التي مات عنها ، فصار له إذا ضمت الخمسمائة إلى المائة ثم قسمت صار للذي لم يعف أحد عشر جزءاً من اثني عشر جزءاً ، وللذي عفا جزء من اثني عشر جزءاً ، وذلك خمسون ديناراً ، فأحببنا أن نفرق بهذا ما يرجع به هذا الذي عفا على الذي كان لم يعف في الخمسمائة التي أخذ من الدية إذا قضيت هذه المائة الدينار التي مات عنها هذا

= هذا البتر ناتج عن غفل الناسخ عن صفحة كاملة من الأصل المنتسخ منه الذي هو ق ٣ .

الغريم ، فقلنا تقسم الخمسمائة على اثني عشر جزءاً ، فيكون للذي لم يعف أحد عشر جزءاً ، ويصير للذي عفا جزء ، فيصير له في الجزء من الخمسمائة دينار من الاثني عشر جزءاً أحد وأربعون ديناراً وثلثا دينار .

قال محمد بن رشد : في قوله في هذه المسألة : فيصير له في الجزء من الخمسمائة دينار من الاثني عشر جزءاً تقديمٌ وتأخير يحصل منه بعض إشكال ، وصوابه فيصير له من الخمسمائة في الجزء من الاثني عشر . وهي مسألة صحيحة مثل التي تقدمت في آخر أول رسم من هذا السماع ، ومضى بيانها هناك على ما نزلها فيه من الدين كان خمسمائة ، والذي ترك الميت من الناض خمسمائة ، وهذه ذكر فيها أن الدين مائة ، والذي ترك الميت من الناض مائة ، فهي على قياس تلك سواء ، لأن الواجب فيها أن يكون على كل واحد منهما من المائة الدّين بقدر ما يجب له من المال ، والذي يجب للذي عفا من الابنين خمسون ديناراً لا أكثر نصف المائة الناضة التي ترك المتوفى ، ويجب للذي لم يعف خمسمائة ، وخمسون نصف المائة الناضة التي تركها المتوفى ، والخمسمائة التي صارت له من الدية إذا لم يعف كما عفا أخوه ، فيجب على الذي عفا من الدين بقدر ما صار له من المال ، وذلك نصف سدسه : ثمانية وثلث ، يبقى له من الخمسين أحد وأربعون وثلثان ؛ ويجب على الذي لم يعف من الدين بقدر ما صار له أيضاً من المال ، وذلك خمسة أسداسه ونصف سدسه : أحد وتسعون وثلثان ، يبقى له من الخمسمائة وخمسين أربعمائة وثمانية وخمسون وثلث ، فإن قبض صاحب الدين المائة الناضة في دينه وبقيت بين الابن الذي لم يعف الخمسمائة التي صارت له من الدية ، رجع عليه الذي عفا بالواجب له من الخمسمائة إذ قد أخذ صاحب الدين المائة الناضة ، وذلك أحد وأربعون وثلثان كما قال في الرواية ، ويبقى للأخ الآخر من الخمسمائة أربعمائة وثمانية وخمسون وثلث ، وبالله التوفيق .

مسألــة

قلت : فلو قُتِل وله وليان وله مدبّرٌ ، فعفا أحد الوليين عن الدم والدية ، وأخذ الآخر الدية خمسمائة دينار ، ولم يترك إلا المدبر وحده .

قال : (كذا) مخالف للدّين ، لأن الدّين يخرج من رأس المال ، والمدبر لا يخرج إلا من الثلث . ويقال للذي عفا كم كان يكون لك من هذا المدبر لو لم يكن دية ولا غيره ولم يترك مالا سواه ؟ قلنا له : ثلاثة وثلاثون ديناراً وثلث دينـار، لأن قيمة المدبّر مائة دينارٍ، قلنا : فالمدبر سيَتم عتقه في الخمسمائة دينار ، فيعتق المدبر ويرجع هذا على صاحبه الذي لم يعف وأخذ الخمسمائة دينار بثلاثة وثلاثين وثلث دينار ، ولا يكون سبيله ها هنا سبيل الذي مرَّ كما قال من قال بفض قيمة المدبر على الخمسمائة دينار ، وهذا خطأ ، لا يكون الذي عفا أحسن حالاً إذا لم يعف صاحبه وأخذ الدية منه لو قتلاه جميعاً ولم يأخذا دية ، ألا ترى أنهما لو قتلاه لم يكن له إلا ثلاثة وثلاثون وثلث ، ولصاحبه ثلاثة وثلاثون وثلث ، ويعتق منه ثلاثة وثلاثون وثلث ؟ فهذا أبين من ذلك ، وهو الصواب إن شاء الله .

وهذا كله إذا كان القتل عمداً ، لأن العمد لم يعف الذي عفا عن مال وإنما عفا عن دم ، فلذلك[٣١] جاز عفوه ولم يضمن الدين . وأما إذا كان خطأً فليس لأحد عفو حتى يخرج الدين ويخرج ثلث ما

---

(٣١) من قوله وسائر ما ذكره في هذه الرواية إلى هنا ساقط من الأصل ثابت في نسخة ق ٣ .

بقي بعد الدين للمدبرين ولأهل الوصايا وإن أحاطت وصاياهم بذلك أو بما أحاطت منه ، ويكون ما بقي ميراثاً لورثته يجوز عفوهم وقضاؤهم فيه ، وأما إذا كان القتل عمداً فعفوا عن جميع الدم والدية فليس لأهل الدين ولا للمدبرين ولا لأهل الوصايا قليل ولا كثير، لأنهم إنما عفوا عن دم ولم يعفوا عن مال .

قال محمد بن رشد : قوله في هذه المسألة : هذا مخالف للدين لأن الدين يخرج من رأس المال والمدبر لا يخرج إلا من الثلث ، صحيحٌ في أنهما يفترقان في أن أحدهما من الثلث والآخر من رأس المال ، إلا أنهما وإن افترقا في هذا فهما يجتمعان في أنهما جميعاً مفضوضان على ما عِلم به الميت من المال وعلى ما لم يعلم به مما أخذه أحد الوليين من الدية ، فالقياس في المدبر أن يكون سبيله سبيل الدَّين ، كما قاله بعض من قاله ، فيفضُّ قيمة المدبر على الخمسمائة دينارٍ يريد وعلى قيمته، فإن كانت قيمته في التمثيل مائة عتق منه سُدسُه في قِيمَتِه وخمسةُ أسداسه في الخمسمائة ، فيرجع الذي عفا على الذي لم يعف وأخذَ الخمسائة بخمسة أسداس قيمة المدبر ، ولا يمتنع أن يكون الذي عفا في هذا أحسنَ حالاً إذا لم يعفُ صاحبُه وأخذَ الدية منه أو قَتَلَاهُ جميعاً ولم يأخذا دية وَلَوْ عفيَا جميعاً ولم يأخذ واحدٌ منهما ديةً كما لم يمتنع أن يكون في الدين أحسنَ حَالاً إذا أخذَ أحدُهما دية منه إذا قتلا جميعاً ولم يأخذَا دية أَلَا ترى أنه لو ترك مائة وعليه دَينُ مائة إن قتلاه جميعاً لم يَحصل له من المائة شيءٌ ؟ لأن الدين يكون أولى بها وأن أخذَ أحدُهما ديةً كان الدين مفضوضاً على المالين فيحصل له نصف ما بقي منهما بعد ما نَابَهُما من الدين ، فقولُ المخالفِ هذا القياسُ ، وقولُ ابن القاسم إستحسانٌ .

وقوله : وهذا كله إذا كان القتلُ عمداً إلى آخر المسألة صحيحٌ بين لا إشكال فيه ولا موضع للقول ، لِأنَّ الدية في الخطإ واجبةٌ .

فعفوُ المقتول خطـأً عن دمه وصيةٌ منه بالدية يكون في ثلثه ، وعفوُ من عفا من الورثة هِبَةٌ لما وجبَ له منها بالميراث ، وكذلك إن عَفْوا كلهم فلا يصح عفوُهم إلّا بعد أداء الدين وتنفيذِ الوصَايا .

وأما ديةُ العمد فليست بواجبة فعَفْوُ الميت عن دمه جائزٌ وكذلك عفوُ الأولياء وعفوُ من عفا منهم .

فإن أوصى الميتُ بقبُول الدية وُرثَتْ عنه على سبيل الميراث وأُخرجت منها الديون وجرت فيها الوصايا ، وإن عفا الأولياء فيها أو أحدْهم على حظه منها دون من سواه كان حكمُها أو حكمُ ما أخذ منها حكمَ مالٍ طرأ للميت تؤدي منه الديون ، ولا يدخلُ فيها من الوصايا إلّا المدبرُ حسبما تقدم في المسألة التي قبلَ هذه وبالله التوفيق .

ومن كتاب الجواب

وسألته عن الأبِ والبَنَاتِ إذا اجتمعوا في دَمِ العَمْدِ فكان ما تقدم في المسألة التي قبل هذه بقسامة أو بينة من أَوْلَى بأخذِ القَود أو بالعفو؟ عن الجدود والأخوات على مِثْلِ ذلك ؟

قال ابن القاسم : قال مالك : إذا اجتمع البنون والبناتُ في دَمِ العمد وإن كان ببينة فلا كلام مع البنين فيه في عفو ولا قيام بالدم ، والبنون أولى بذلك كله ، وكذلك الإخوة والأخوات سواءٌ يُجْرَوْنَ إذا اجتمعوا مجرى البنين والبنات في ذلك كله لا إعتـراض لِلأخوات مع الأخوة إذا كانوا كلُّهم في القعدُدِ سواء في عفو ولا قيام ، قَالَ ابنُ القاسم : وإذا اجتمع الأب والبناتُ فلا عفو للبنات إلَّا به ولاَ له إلَّا بهن وَأي الفريقين قَامَ بالدم فهو أولى به الأبُ كان أو البناتِ ، وإن كان الأب والأُم فقط فلا حق للأم معه ولا كلام في عفو

ولا قيام ، والأبُ هو أولى ، وإذا كان الأبُ والإخوة والأخوات فعلى مِثل ذلك أيضاً لا اعتراض لهم معه بوجه من الوجوه في عفو ولا قيام والأبُ هو أولى ، وإذا كان الأبُ والوُلْدُ الذكور فلا حق للأب معهم في عفو ولا قيام بوجه من الوجوه ، وهم أولى ، والجدُّ مع الإخوة يجري مَجرى أخٍ إن عفا جَازَ عفوُه عليهم والجد مع الأخوات أخٌ لا كلام لَهُـن معه في عفو ولا قيام ، وهو أولى بالعفو والقيام ، قال عيسى : يعني إذا عفا الجَدُّ أنه لا سبيل للأخوة الى الدَم غير أنَّ لَهُمْ نصيبَهم من الدية ، قال : والجد والبنات بمنزلة الأب والبنات لا عفوَ لَهن إلَّا بِهِ وَلَا لَهُ إلَّا بِهِن ومن قام بالدم فهو أولى ، والجد والولد الذكور لا كلام له معهم في ذلك بوجهٍ من الوجوه ولا عفو ولا قيام ، وهم أولى بذلك منه ، والأم والإخوة لا عفو لها إلا بهم ولا لهم إلاّ بها ، وأيهم قام بالدم فهو أولى الأم أو الأخوة والأم والأخوات والعصبة إن اجتمعت الأم والعصبةُ على العفو جاز ذلك ، وإن كره ذلك الأخوات ، وإن اجتمع الأخوات والعصبة على العفو وَأَبَتْ الأمُّ فالأم أولى بالقتل ، وتَقْتُلُ ولا يُنظر إلى عفو الأخوات إذا أبت الأم لأن الأم أقْعَدُ من الأخوات وأقرب ، وإنما الدمُ للأقعد فالأقعد والبناتُ والأم والعصبةُ إن عفا البنات والعصبة جاز على الأم وإن كرهت ، وإن عفت الأم والعصبة لم يجز إلَّا بالبنات ، ولا تجري الأم هنا مجرى إبنة عفت لأن البنات أقعد وأقرب من الأم ، وإن عفت واحدة من البنات وواحدٌ من العصبة جاز على من بقي وسقط القتل ، والبناتُ والأخواتُ إذا اجتمعن فلا كلام للعصبة معهن ولا حق في قيام ولا عفو لأنهن قد أَحْرَزْنَ الميراثَ كلَّه ، وذلك إذا كان القتل ببينة ، فأما إن كان بقسامة فلا حق للنساء فيه بوجه من الوجوه ولا كلام لأنهن لا يحلفن فيه ، وإنما العصبة هي

التي تستحقه بأيمانها ، والجدةُ لا تجري مجرى الأم في شيء من الأشياء مما يكون لها في عفو ولا قيام لا جدة الأم ولا جدة الأب .

قال محمد بن رشد : تحصيل القول في هذه المسائل كلها أنَّ ترتيب الوُلاة في القيام بالدم كَتَرْتِيبِهم في ميراث الوَلَاء وفي الصلاة على الجنائز وفي النكاح لا يشد عن ذلك على مذهب ابن القاسم إلاَّ قولُه في الجد مع الإخوة إنه بمنزلتهم في العفو عن الدم والقيام به .

فأحقُّ الناس بالقيام بدم الرَّجُل ولده ثم ولد ولدِه ، ثم أبوه ثم ولد الأب وهو الأخ ، ثم ولدُ الأخ ثم الجدُّ ثم ولد الجد وهو العم ، ثم ولدُه هكذا أبداً ، فلا حق في القيام بالدم لأبٍ مع الولد ولا مع ولده لولد الولد مع الولد ولا للأخ مع الأب ولا لِوَلد الأخ مع الأخ، ولا للعم مع الجد ولا لولد العم مع العم.

فإذا اجتمع الأولياء في درجة واحدة بنون أو إخوة أو بنو أخوة أو أعمام أو بنو أعمام فعفا أحدهم ففي ذلك ثلاثة أقوال أحدها أنَّ عفوَ من عفا منهم يُبطل الدمَ والدية كان عفوُه قبلَ القسامة أو بعدها والثاني أنَّ عفوَه يُبطل الدم ولا يُبطل الديةَ كان العفو أيضاً قبل القسامة أو بعدها والثالث أنه إن كان قبل القسامة أبطل الدم والدية ، وإن كان بعد القسامة أبطَل الدم ، وكان لمن بقي حظُّه من الدية حسبما مضى بيانُه في آخر أول رسم من سماع أشهب.

وأما النساءُ فلا حق لمن لا ميراث لها منهن في القيام بالدم كالعمات وبنات الإخوة وبناتِ الأعمام ومن أشبههن من القرابات ولا لِمَن يرث منهن ممن لو كان في مرتبتها رجَل لَمْ يرث بالتعْصيب ، وهن الأخوات لأم ولا لمن يرث منهن ولو كان رجل في مرتبتهما ورث في حَالٍ دون حالٍ ، وهن الزوجات والجدات لأنهن لا يرثن إن كُنَّ من قَوْمِ المتوفَّى ، وكذلك الأُم عند ابن الماجشون وسحنون ، لأنها قد تكون من قوم آخرِين خلافُ مذهب ابن القاسم في أنَّ لها حقاً في الدم لِكَوْنها بمنزلة الأب في القرب .

وأما ما يرث منهن لو كان في مرتبتها رجل ورث مثلُ البنات والأخوات

والأمهات فَلَهُنَّ في القيام بالدم حقٌّ ، ولا يخلو أمرهن من ثلاثة أحوال أحدها أن يكن مع من هو بمنزلتِهن من الرجال كالبنات مع البنين ، والأخوات مع الإخوة أو الأب مع الأم أو مع من هو أقرب منهن كالأخوات مع البنين والثانية أن يكون مع من هو أبعد منهن إلاَّ أنه وارث معهن كالبنات مع الأب والأم مع الإخوة والثالثة أن يكون أيضاً مع من هو أبعد منهن إلا أنه لا ميراث له معهن كالبنات والأخوات مع العصبة .

فأما إذا كُنَّ مع من هو بمنزلتهن أو أقرب منهن كالبنات مع البنين أو الأخوات مع الإخوة أو مع البنين فلا حق لهن مع الرجال في عفو ولا قود ، والرجالُ أحقُّ منهن بالقيام بالدم والعفوِ عنه .

وأما إذا كن مع من هو أبعدُ منهن إلاَّ أنه وارث معهن كالأم مع الإخوة ، والبنات مع العصبة فمن قام بالدم منهن كان أولى مِمَّن عفا ، إن عفت الأم فالإخوة أَحَقُّ بالقود ، وإن عفا الإخوة فالأم أحق بالقود ، وإن عفا البنات فالعصبةُ أحق وإن عفا العصبة فالبناتُ أحقُّ بالقود إلاَّ أن يكونَ بعضُ النساء أقربَ من بعض كالأم أو البنت مع الأخوات والعصبة أو كالبنت مع الأم والعصبة ، فيكون للأقرب منهن العفوُ إذا اجتمعت على ذلك مع العصبة .

وأما إن كن مع أبعد منهن إلاَّ أنه لا ميراث له معهن كالأخواتِ والبنات مع العصبة ، فإن اجتمع البناتُ والأخوات على القتل أو العفو فهن أولى بذلك مِنْ العصبة لانفرادِهِنَّ بالميراث دونها ، فإن افترقن فأراد بعضُهن القتلَ وبعضُهن العفوَ رجع الأمرُ إلى العصبة فيما أَرادُوهُ من قَتْلٍ أو عفوٍ هذا كله سواء على مذهب ابنِ القاسم في المدونة ثبتَ الدمُ ببينة أو بقسامة وفي ذلك ثلاثة أقوال قد مضى تحصيلُها في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم أحدها قولُه في هذه الرواية إنَّ الدمَ إذا استحق بقسامة فلا حق للنساء في ذلك مع العصبة في عفو ولا قيام ، لأنها هي التي استحقته بأيمانها ، وآختلف في الجد مع الأخوة ، فذهب ابنُ القاسم إلى أنه بمنزلة أخ عفا منهم جاز عفوُه على من

بقي ، وأنه أحق من بينهم قياساً على الميراث ، وذهب أشهب إلى أن الإخوة وبنيهم أَحَقُّ من الجد وهو الأظهر ، لأن ترتيب الوَلَاةِ في الدماء إنما هو على حسب ترتيبهم في ميراث الولاءِ لَا في ميراث المالِ ولا مدخل للزوج في ذلك بسبب الميراث باجماع .

وأما قولُ ابن القاسم في هذه الرواية إن الجدة لا تجري مجرى الأم في شيء من الأشياء مِمَّا يكون لَهَا في عفو ولا قيام لا جدة الأب ولا جدة الأم فهو على ما قسمناه من أنه لا حق في الدم لأحد من النساء إلَّا لمن يرث منهن ممن لو كان في مرتبتها رجلٌ وارث ، وابن الماجشون وسحنو يقولان إن الأُم كالجدة لا حق لها في الدم مع العصبة لأنها من قوم آخرين وبالله التوفيق .

مسألة

وسألته عن الطائفتين يقتتلون فيفترقون على قتلى وجرحى فيقول الرجل من إحدى الطائفتين أَنَا قتلتُه من غير طائفته ما الأمر في ذلك ؟

قال ابنُ القاسم ولاةُ المقتول مُخَيَّرُون إن شاءُوا قتلوه بإقراره ، وإن شاءوا تركوه والزموهم الدية ، لأنه يُتَّهَمُ بإقراره في طرح الدية التي قد وجبت عليه وعلى طائفته وأصحابه .

قال محمد بن رشد : الجوابُ في هذه المسألة بين صحيح ، والتعليلُ ضعيف إذ لو اتهم في اقرَارِهِ لَمَا الزمه وهو له لازم على كل حال إن شاء وُلاة المقتول أن يأخذوه به ويقتلوه كان ذلك لهم على ما قال ، وإنما هو مُقر على نفسه وشاهد بالبَرَاءة لغيره فيلزمه إقراره على نفسه ولا تجوز شهادته بالبراءة للطائفة التي نازعت المقتول من قبله لأنه ليس بشاهد على فعل ، وإنما هو شاهد على نفي فعل والشهادة بالنفي ليست بعامله .

مسألــة

وإن افترقوا عن قتيل وزعم المقتولُ أنَّ دَمَهُ قِبَلَ رجل من الطائفة التي نازعوه ونازعوا أصحابه ، وأنه هو الذي ضربه أو قتله أو يشهد لهم بذلك شاهدٌ واحد عدلٌ كانت فيه القسامة مع شهادة الشاهد ومع قول المقتول أيهما كان ، وإنما تقسير قول مالك لا قسامة فيمن قُتِلَ بين الصفين إنما ذلك إذا لم يكن بكلامٍ من المقتول ، ولا بشهادة شاهد ، وكان بدعوى من وُلاة المقتول بأن يقولوا فلانٌ قتله لرجل من غير طائفته ، أو يقولوا إنما جَاءَ قتله من قِبَل هذه الطائفة التي قاتلوه ، لأنه يعلم أنهم الذين قاتلوه وقاتلوا أصحابه ، فلم يمحضهم قتلَه فنحن نريد أن نقسم ونَقْتل واحداً منهم فليس لهم ذلك ، ولا قسامة فيمن قتل بين الصَّفين إلاَّ بكلام من المقتول إن سمى من قتله أو يقوم شاهد عدلِ على من قتله منهم ، قال سحنون : قال : لي ابن القاسم فيمن قتل بين الصَّفين فشهد على قتله رجل واحدٌ أو على إقراره فلا قسامة فيه .

قال سحنون وسـألت ابنَ القاسم عمن يُـوجد قتيـلاً بين الصفين ، قال مالك لا قسامة فيه وديته على الذين نازعوهم ، قيل له : على عواقلهم أو في أموالهم ؟ قال بل في أموالهم ، قيل لَهُ : فإن عرف من قتله منهم أيقتل به ؟ قال : نعم .

قال محمد بن رشد : هذه مسألة قد مضى الكلامُ عليها مستوفى في رسم الشجرة من سماع ابنِ القاسم فلا معنى لاعادته .

مسألــة

قيل له فإن كان القتيلُ الذي وُجد بين الصفين إنما كانوا قوماً

يقاتلون على تأويلٍ ؟ قال : فليس على الذين قتلوه قتلٌ وإن عرفوا ، قيل له فديته هل عليهم منها شيء ؟ قال : لما سقط القتلُ عنهم سقطت الدية عنهم ، وليس أهل التأويل كغيرهم .

قال محمد بن رشد : هذا مثلُ ما في الأثر من كتاب الجهاد من المدونة من قول ابن شهاب : هاجت الفتنية الأُولى فأدركتُ رجالاً ذوي عدد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه فكانوا يرون أن يُهْدَرَ أمنُ الفتنة فلا يُقام على أحد قصاص ولأحد في سبي امرأة مسَّتْ ولا يرى بينهـا وبين زوجها مُلاعنة يريد إنْ نَفى ولدَها ولا يرى أن يقفوها أحد إلَّا جلد[٣٢]الحد، ومثله روى مطرف وابن الماجشون عن مالك أنه لا يُقتل به ولا يُقَادُ منه ، ومن أهل العلم من يرى أنه يُقاد به ويقتص منه ، وهو قول أصبغ ومذهب عطاء ، وهذا الاختلافُ في القصاص منه سواءٌ تاب أَو أخِذ قبل أن يتوب ، ولا يُقام عليه حدُّ الحرابة وإن أُخذ قبل أن يتوبَ ولا يُؤخذ ما أخذَ من المال وإن كان مُوسِراً إلا أن يوجد بيده شيءٌ بعينه فيرد الى ربه ، وأما من أوسر منهم في الحرب وهي قائمة لم يظهر بعد على أهل رأيه فللإمام أن يقتله إن رأى ذلك ، لِمَا يخاف من أن يـعين مع أصحابه على المسلمين .

وإن كان ذلك بعد انقطاع الحرب والظهور على أهل رأْيِه فإنه لا يقتل ، وحكمُه حكمُ البدعي في جماعة المسلمين ، الذي لا يدْعوا إلى بدعته يُستتاب في قول مالك ، فإن تاب ، وإلاَّ قتل وهو قول مطرف وابن عبد الحكم وأصبغ ، وقال ابنُ الماجشون وسحنون ينهي عن بدعته ويؤدب عليها ويستتاب ويقبل منه ما أظهر من قليلِ التوبة وكثيرها ، ولا يقتل وهو قولُ عطاء وبالله التوفيق .

---

(٣٢) كذا بالأصل وبنسخة ق ٣ . ولعل صوابه : ولا يقذفها أحد إلاَّ جُلد .

ومن كتاب باع شاة

وسألتُه عن الرجل يطلب الرجلَ بالسيف فيعثر المطلوبُ قبلَ أنْ يَضْرِبَهُ فيموت قال أرى أن يقتل به، وقال أبو حمزة عن المخزومي مثلَه.

قال محمد بن رشد: مثلَ هذا حكى ابنُ حبيب في الواضحة عن ابن الماجشون، وهو بين لا أعرفُ فيه نصَّ خلاف في المذهب، ويدخل فيه الاختلافُ بالمعنى لأنه من شِبْهِ العمد الذي اختُلِفَ في وجوب القصاص منه على ما مضى في أول سماع ابنِ القاسم وبالله التوفيق.

مسألـــة

وسألتُه عن الرجل يَرْمِي بحجرِ عمداً فيتقيه المرمى فيرجع الحجرُ فيصيبُ آخرَ فيقتله.

قال: إن كان إنما اتقى عن نفسه من غير أن يَرُدَّ الحجرَ بشيء فعقلُه على الرامي، وإن كانَ دفع الحجر عن نفسه بشيء فَرَدَّهُ حتى أوقَعَهُ على غيره فديتُه على المَرْمِي وليس على الرامي شيء.

قال محمد ابن رشد: مثلُ هذا في المجموعة من رواية علي بن زياد عن مالك، قال فيمن رمى رجلًا بحجر فاتقاها بيده فرجع الحجرُ فأصاب رجلًا فعلى الذي رده العقلُ، وهو من الخطأ، وقال أصبغُ في الواضحة: بل ذلك على الرامي دون المرمي وأن دفع الرمية، إذ لا يتقي الرمية إلَّا بدفعها، وكما لو طلبه بسيف فهرب منه فوقع على صبي فقتله أو على شيء فكسره، فذلك على طالِبه وهو من الخطأ إلَّا أن يعثُر المطلوبُ نفسُه فيموت فيكون فيه القود، وكذلك دافع الحجر عن نفسه بشيء بِيَدِهِ أو رجع الحجر عنه لِشأنه

فأصاب رجلاً غير المرمى فذلك من الخطأ وهو على الرامي فإن أصاب المرمي فهو من العمد إلاَّ أن يكونَ الحجرُ قد كان قد مغره وانكسر حدُّه قَبْل أن يرده فيكون على المرمى ، وكذلك لا اختلاف أيضاً إذا اتقى الحجر ولم يرده أنه على الرامي ، وإنما الاختلافُ إذا دَفَعَه من نفسه في اتقائه إياه وكيف ما كان فهو من الخَطَإ إلاَّ أن يكون المرميُّ هو الذي مات فهو من العمد وبالله التوفيق .

ومن كتاب العتق

وسألته عن امرأة أقسمَت خميسَ يميناً في قتلٍ خطإٍ فأخذت قَدْرَ حصتها من الميراث ثم أنها نزعت وندمت وردت ما أخذت على الذي أقسمت عليه ثم أَتَتْ أختٌ لها فقالت : أنا أُقسم بقدر نصيبي من الميراث .

قال : أرى أن تحلف بقدر مالها من الميراث ، لأن يمين الأُولى حكمٌ قد مضى لا ينقضه نزعها ، ألا ترى لو أنهما حلفتا خمسين يميناً فأخذتَا ثلثي الدية ثم نزعت إحداهما لم يُقل للباقية استكملي خمسين يميناً والا فَرُدِّي ما أخذتِ لأنه حكم قد مضى .

قال محمد بن رشد : هذا بين لا اشكال فيه ولا اختلاف وبالله التوفيق .

مسألــة

وسئل عن رجل قُتِلَ خطأ فقال فلانٌ قتلني خطأ وقال الرجلُ بل قتلتُه عمداً أو قتلني عمداً وقال الرجل بل قتله خطأً .

قال : قال مالك : فيمن قال عند موته قتلني فلان خطأً إنه يقسمَ عصبتُه مع قوله ويستحق الدية ولا يتهم لأنه لو قال قتلني عمداً أقسمَ مع قوله وقتل ، قال ابن القاسم : وقد أخبرني من أَثِقُ به أنه كان قولُه قديماً أنه لا يقبل قولُه لموضع التهمة أن يكون إنما أراد غَنَاءَ وَلَدِه ، فَسُئِلَ عن ذلك فرجع ، فقال أرى أن يقسم مع قوله ويستحق الدية ، قال ابنُ القاسم فأما القاتل بالعمد فأرى الورثة بالخيار إن أحبوا أقسموا وأخذوا الدية ، وإن أحبوا قتلوا بالإقرار ، ويقسمون على ذلك إن كانت حياة .

قال محمد بن رشد : القسامة في العمد مَعَ قول المقتول دمي عند فلان لم يختلف بأنه يلزمه ويؤخذ به بإقراره قيل بقسامة وقيل بغير قسامة، ومعنى ذلك إذا كانت للمقتول حياةٌ ، وأما إذا لم تكن له حياة فيقتل بإقراره دون قسامة قولاً واحداً أو قد قيل إنَّ ذلك ليس باختلاف من القول ، وإنما معناه أنه يقتل بقسامة إذا كانت الحياةُ له حياة ، وبغير قسامة إذا لم تكن له حياةٌ ، وقد مضى هذا في أول السَّماع ، فإذا قال الرجل قتلني فلانٌ عمداً أو أَقرَّ القاتل بذلك فإن لم تكن له حياة قُتِل باقراره دون قسامة قولاً واحداً ، وإن كانت له حياة قيل يقتل بغير قسامة وقيل بقسامة وهو قولُه في هذه الرواية ، وقسامتُهم إنما هي أن يحلفوا لَقَدْ مَاتَ من الجرح الذي أَقَرَّ القاتلُ به ، بخلاف قسامتهم بقول المقتولُ قتلني فلان ، لأنهم يقسمون مع قوله أنه جرحه وأنه مات من جرحه .

وأما القسامة في الخطأ مع قول المقتول قتلني فلانٌ خطأ فالمشهور من قول مالك أنه لوث يوجب القسامة والدية على العاقلة ، وقد حكى ابنُ القاسم فيما بلغه عنه على ما وقع في هذه الرواية أن قوله لا يُقْبَل لموضع التهمة أن يكون أراد غناء ولده ، وهو قول ابن وهب وابنِ أبي حازم من أصحاب مالك ، وقد قال محمد بن المواز لم تثبت عندنا الرواية في منع القسامة مع قوله إلاّ في

قول الرجل أنا قتلتُ فلاناً خطأ ، وأما قولُه قتلني فلان خطأ أو عمداً فما علمنا فيه اختلافاً من قول مالك وأصحابه كلهم إلاَّ ابن وهب .

واختلف إذا قال الرجلُ قتلتُ فلاناً خطأً فقيل إنه لوثٌ يوجب القسامة والدية على العاقلة إذا لم يتهم أن يكون أراد غناء ولد المقتول على ما قاله في المدونة،وقيل إن الدية تكون عليه في ماله لأن العاقلة لا تحمل الإقرار قيل بقسامة وقيل بغير قسامة ، وذلك إذا كانت للمقتول حياةٌ ، وأما إذا لم تكن له حياة فالدية عليه في ماله دون قسامة قولاً واحداً هو الذي يجب أَنْ يُحمل عليه ماوقع من ذلك في كتابِ الصلح من المدونة مجملاً ، وهذا الذي ذكرناه أصلُ هذه المسألة التي تَنْبَنِي عليه ، فإذا قال الرجلُ قتلني فلانٌ خطأً وقال فلان بل قتلتُه عمداً فعلى المشهور من أنَّ قولَ المقتول قتلني فلانٌ خطأً لوثٌ يوجِب القسامةَ والدية على العاقلة ، يكون عصبةُ المقتول بالخيار بيـن أن يقتلوه باقراره دون قسامة إن لم تكن له حياة ، أو مع القسامة إن كانت له حياة على الاختلاف الذي ذكرناه في ذلك ، وبين أن يقسموا مع المقتول فتكون الديةُ على عاقلته .

وإذا قال قتلني فلانٌ عمداً ، وقال فلانٌ بل قتلتُه خطأً فعلى القول بأن قول الرجل قتلت فلاناً خطأً لوثٌ يوجب القسامة والديةَ على العاقلة يكون الأولياء مخيرين بين أن يُقْسِمُوا مع قول المقتول فيقتلوا القاتل وبين أن يقسموا مع قوله فتكونُ لهم الديةُ على عاقلته وعلى القول بأنَّ قول الرجل قتلتُ فلاناً خطأً يوجب الدية عليه في ماله يكونُ الأولياء مخيرين بين أن يقسموا مَع قول المقتول فيقتلوا القاتل وبين أَنْ يُلزموا القاتلَ الدية في ماله بإقراره بالقتل دون قسامة إن لَمْ تكن له حياةٌ أو مع قسامةٍ إن كانت له حياةٌ على ما ذكرنا من الاختلاف في القسامة في ذلك ، فهذا بيانُ وجه القول في هذه المسألة مستوفى .

مسألــة

وسئل ابنُ كِنَانة عن رجل إدعى أنَّ رجلاً سقاه سُماً وأشهد رجالاً وقال لهم اشهَدُوا أنَّ فلاناً سقاني سماً وهو في جوفه فإن متُّ فدمي عنده ، هل تكون القسامةُ في ذلك ؟ قال : لا تكون القسامةُ في مثل هذا إلاَّ فِي الضَّرب المشهودِ عَليه أو الإشارة البينةِ من الجراح والضرب .

قال محمد بن رشد : قولُ ابنِ كنانة هذا في أنَّ التدمية لا تكون عاملةً إلاَّ مع الشهادة على الضرب أو الآثار البينة منه أو من الجراح خلافُ قول ابنِ القاسم في سماع أبي زيد ودليل قوله في رسم أولِ عبدٍ أبتاعه فهو حر من سماع يحيى وقولُ ابنِ كنانة إلاَّ في الضرب المشهود عليه يريد الضربَ الذي يثبت بالشهادة ، فلو شهد على قوْله شاهدٌ واحد أنَّه ضربه فمات من ضربه ولم يظهر به أثرٌ منه أو أنه سقاه سماً فمات منه ولم يظهر لذلك أَثَرٌ من قَيْءٍ أصابه منه لم يكن في ذلك قسامةٌ كما لا يكون القسامة بذلك مَعَ قولِ المقتول ، وقال أصبغُ إنَّ القسامة منه تكون في ذلك مع قول المقتول كما تكون فيه مع الشاهد الواحد .

فاحتجاجُ أصبغ لا يلزم ابنَ كنانة وإنما يلزم من يُفرق بين الوجهين .

فيتحصلُ في المسألة ثلاثة أقوال ، **أحدها** أن القسـامة لا تكون إذا لم يكن بالمقتول أَثَرٌ لا بشهادة واحد ولا بقول المقتول، وهو قول ابن كنانة، **والثاني** أن القسامة تكون لِأولياء المقتول في الوجهين جميعاً ، وهو قولُ أصبغ **والثالث** أنهم يُقسمون في ذلك مع الشاهد الواحد ولا يقسمون فيه مع قول المقتول ، وإذا أُعملتْ ، التدميةُ على نَصِّ رِواية ابنِ زيد ودليل رواية يحيى دون أثر من جرح أو ضرب يكون بالمدمِّي فإنما تعمل بعد موته في إيجاب قتل

المدمًّى عليه بالقسامة وأما في حياته فلا يلزم المدمى عليه بالتدمية سجنٌ لأنه يتهم أن يكون أراد سجنه بدعواه .

وقولُ ابنِ كَنانة في أن التدمية لا تعمل أصلًا أظهرُ من قول ابن القاسم للاختلاف في أصل التدمية إذْ لم يُتابِع مالكاً على قوله في إيجاب القود بها إلَّا أصحابُه وبالله التوفيقُ لا شريكَ له وصلى الله على من لا نَبي بعده .

انتهى كتاب الديات الأول بحمد الله تعالى



فهـرس